بسم الله الرحمن الرحيم

جامعة النجاح الوطنية

كلية الدراسات العليا

انفســـاخ العقـــد في الفقـــه الإســـلامي

إعداد الطالبة

منار عمر حامد الصدر

إشراف

الدكتور محمد علي الصُليبي

" قدمت هذه الأطروحة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في قسم الفقه والتشـــريع بكلـــية الدراســـات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين"

١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م

انفساخ العقد في الفقه الإسلامي

إعداد

منار عمر حامد الصدر

نوقشت هذه الأطروحة بتاريخ : ٢٠٠٣/٩/٣١م وأجيزت .

أعضاء لجنة المناقشة : التوقيع

- أ. الدكتور محمد علي الصليبي مشرفاً
- أ. الدكتور شفيق عياش ممتحناً خارجياً
- أ. الدكتور مأمون الرفاعي عضواً
- الدكتور جمال حشاش عضواً

الإهــــداء

إلى مشعل النور وسراج الظلام إلى رسول البشرية محمد صلى الله عليه وسلم

إلى روح والدي الحبيب رحمه الله تعالى، الذي غرس في حب العلم منذ الصغر

إلى روح شقيقي الشهيد المجاهد حامد الصدر التي زفت إلى الفردوس الأعلى في الرابع من شهر تشرين الثاني سنة ألفين واثنتين ميلادية . . . إلى روح ابن شقيقتي الشهيد محمد البسطامي الذي ضحى بجسده الطاهر في سبيل الله تعالى في السابع والعشرين من شهر تشرين أول سنة ألفين واثنتين ميلادية .

إلى والدتي الحنونة التي منحتني كثيراً من صبرها ودعائها، والتي تعلمت منها المثابرة والإصرار، وحب الخير راجيةً الله عز وجل أن يطيل عمرها، ويصلح عملها، ويحسن ختامها .

إلى أشقائي وشقيقاتي الذين كانوا لي خير سند وعون .

إلى زوجي الذي كان لوقفته معي الأثر العظيم والدافع الكبير من أجل الاستمرار في هذا البحث .

إلى كل الذين شجعوني وكان لهم دورٌ في إخراج هذا البحث

إلى كل هؤلاء أقدم هذا الجهد العلمي المتواضع راجية من الله أن يكون خالصاً لوجهه الكريم وأن ينفع به المؤمنين، وأن يجعله في ميزان حسناتي يوم الدين .

والحمد لله رب العالمين

شكر وتقدير

الحمد لله القائل في كتابه العزيز "بل الله فاعبد وكن من الشاكرين" [1]، والصلاة والسلام على سيدنا محمد ﷺ أشرف الخلق والمرسلين، وعلى من اهتدى بهديه إلى يوم الدين. فبعد أن منَّ الله العلي القدير عليَّ بإتمام هذا البحث المتواضع فلا يسعني إلا وأن أنسب الفضل لأهله، فأتوجه بالحمد والشكر لله تعالى على ما أنعم عليّ من كرمه فوفقني إلى ما أنا فيه .

فإنه ليسعدني ويشرفني أن أتقدم بكلمة شكر متواضعة لأهل الفضل الذين قدموا لي يد المساعدة في إنجاز هذا البحث، وأخص بالذكر الدكتور محمد علي الصليبي الذي تفضل بالإشراف على هذه الرسالة، فمنحني من وقته الثمين وتوجيهاته القيمة ونصائحه وملاحظاته المفيدة من خلال خبرته الواسعة ما أرجو أن أكون قد أفدت منه كما ينبغي، وأن أكون قد وفقت لما أرشدني إليه، فجزاه الله خيراً، والله أسال أن يبارك في علمه ويمدّ في عمره.

كما وأتقدم بالشكر الجزيل إلى أعضاء لجنة المناقشة : الدكتور شفيق عياش، والدكتور مأمون الرفاعي، والدكتور جمال حشاش لتكرمهم بالموافقة على مناقشة هذه الرسالة.

كما وأتقدم بالشكر إلى الأستاذ إبراهيم علاونة مشرف اللغة العربية في مديرية تربية نابلس الذي شاركني في تصويب لغة هذا البحث.

ولا يفوتني أن أشكر أساتذتي الأفاضل في كلية الشريعة، كما وأشكر جميع القائمين على مكتبة جامعة النجاح الوطنية، ومكتبة بلدية نابلس الذين ساعدوني في توفير الكتب والمراجع اللازمة لهذا البحث.

وأخيراً إلى كل من قدم لي يد العون والمساعدة وافر الشكر وعظيم الامتنان.

---

[1] سورة الزمر: الآية رقم (٦٦).

٦- مـــــسرد الموضوعات

الملـــــخص

هـــذا البحث الذي يحمل عنوان " انفساخ العقد في الفقه الإسلامي" مقدم من الطالبة : منار عمـــر حـــامد الصــــدر بإشـــراف الدكتور محمد علي الصليبي، قدم استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في الفقه والتشريع بكلية الدراسات العليا من جامعة النجاح الوطنية سنة ٢٠٠٣م .

تعتــبر العقــود الجوهـــر الأساسي الذي تقوم عليه المعاملات المالية ، ومن هذا أوجب الشرع الوفاء بها، وصيانتها عن الانحلال. ولكن قد يتعرض للمتعاقدين أو أحدهما ما هو خارج عـــن إرادتهمـــا مما يجعل المضي في العقد أمراً مستحيلاً أو فيه ضرر بالطرفين أو أحدهما، وعندئذ ينفسخ العقد .

ولقـــد كان الهدف من هذا البحث الوقوف على مفهوم الانفساخ، وإبراز الفرق بينه وبين الفسخ. فالفسخ هو حل ارتباط العقد بالارادة، أما الانفساخ فهو انحلال ارتباط العقد وهذا إما أن يكـــون بـــإرادة المتعاقديـــن أو بعوامل خارجية عن إرادتهم أو إرادة أحدهما. من هنا نرى أن الانفســـاخ إذا كـــان بإرادة العاقدين يكون نتيجة وأثراً للفسخ، وعليه تكون العلاقة بينهما علاقة الســـبب بالمســـبب. أما إذا زاد الانفساخ نتيجة عوامل خارجية لا دخل للعاقدين فيها فلا علاقة بينهما.

كمـــا هدف هذا البحث إلى توضيح الأسباب المؤدية إلى انفساخ العقد، وهي إما أسباب اختيارية وتنقسم إلى قسمين: أحدهما: الفسخ والثاني : الإقالة. وإما أسباب إجبارية ومنها: تلف المعقود عليه، موت أحد العاقدين أو كليهما، غصب المعقود عليه، انتهاء مدة العقد، الأعذار أو الحوادث التي تطرأ على العقد بحيث تمنع الاستمرار بهذا العقد.

كمـــا بينت في هذا البحث حكم العقد إذا تغيرت أهلية أحد المتعاقدين أو كليهما بعارض

من عوارض الأهلية كالجنون أو الإغماء أو الردة.

وتحدثـــت أيضاً في هذا البحث عن الآثار التي تنتج عن انفساخ العقد، وهي متمثلة في أمرين : الأول : إعادة الطرفين المتعاقدين إلى ما قبل التعاقد.

والثاني : ضمان الخسارة التي نشأت عن الانفساخ .

وأمـــا مسألة تغير محل العقد قبل انفساخه فقد بينت أن الحكم باختلاف سبب الانفساخ، وبهذا أكون قد ختمت بحثي .

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمـــــة

الحمـــد لله رب العالميـــن والصلاة والسلام على سيد العلماء والفقهاء المرسلين رسولنا ونبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .

الحمد لله الذي هداني لطاعته وألهمني الخير، وهو سبحانه الذي علم الإنسان ما لم يكن يعلم، أسأله شكر ما منّ به وأنعم.

اللهم هيئ لنا من أمرنا رشداً، واجعلنا ممن اهتدى بك فهدى، وبعد :

فـــإن مـــن نعم الله تعالى على أمته أن أنزل الشريعة القويمة على أكمل المرسلين سيدنا محمـــد ﷺ، ليعلم الناس الخير، ويخرجهم من الظلمات إلى النور، ويرشدهم إلى ما فيه سعادتهم فـــي الدنيا والآخرة، هذه السعادة – المعنوية والمادية – ليست للأمة المسلمة فحسب بل للبشرية جمعـــاء، وقـــد قامـــت هذه الشريعة على أساس اليسر ورفع الحرج عن الناس في كافة جوانب حياتهم، يدل عليه قوله تعالى : "وما جعل عليكم في الدين من حرج "[١].

وممـــا تتّصـــف به هذه الشريعة أنها جاءت مشتملة على جميع الأحكام التي تنظم جميع جوانـــب الحـــياة الإنسانية ومنها الجانب المتعلق بالمعاملات والعقود سواء أكانت مالية أم غير مالـــية، حيث تبرز من خلال ذلك المعطيات الإيجابية التي تحقق مقاصد الشريعة الإسلامية في أخـــص خصـــائص الإنسان المتمثلة في رغبته في حيازة المال كما قال تعالى :" وتحبون المال حـــباً جمـــاً "[٢]، ولا يخفى على أحد ما لجانب المعاملات من أهمية عظيمة عند فقهاء المسلمين قديماً وحديثاً نظراً لكونه مرتبطاً أشد الارتباط بواقع الناس وتصرفاتهم، والتي من أهمها العقود

---

[١] سورة الحج: الآية رقم (٧٨).

[٢] سورة الفجر : الآية رقم (٢٠).

حيث تعتبر عصب الحياة، والجوهر الأساسي الذي يقوم عليه فقه المعاملات. لذلك كله نجد أن الفقه الإسلامي قد عمل على تنظيم هذه العقود من جهة، وصونها قدر الإمكان عن الانحلال من جهة أخرى.

والعقود إذا ما تم توثيقها بالطرق التي أمر الله سبحانه وتعالى بالتزامها وجب الوفاء بها عملاً بقوله تعالى : "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود "[1].

ومع ذلك نجد أن العقد ينحلّ إذا عرض للعاقدين أو أحدهما ما هو خارج عن إرادتهما مما يجعل المضي في هذا العقد أمراً مستحيلاً، أو فيه إضرار بأحد المتعاقدين أو كليهما مما يترتب على ذلك حدوث خلل في الالتزامات الناشئة عن هذا العقد، مما قد يؤدي إلى الخلاف والنزاع بين المتعاقدين، وهذا الانحلال سماه الفقهاء (انفساخاً).

وقد رأيت أن الحاجة ملحة في هذا العصر للبحث في مجال "انفساخ العقد" لا سيما بعد أن اتسعت دائرة التعاقد تبعاً للتطور السريع الذي نشهده اليوم؛ لذلك تملكتني رغبة أكيدة وإحساس عميق للكتابة في موضوع : "انفساخ العقد في الفقه الإسلامي"، وما يتعلق به من أسباب وآثار، فشرعت أطلع على كتب الفقهاء فيما يتعلق بأحكام بعض العقود وما يؤدي إلى انفساخها، حتى استقرّ في ذهني أن أكتب في هذا الموضوع؛ وذلك تبياناً وتوضيحاً لما كتبه الفقهاء القدامى رحمهم الله في مصنفاتهم، حيث أرسوا أسسه وقواعده على طريقتهم الخاصة، والتي قد لا يستطيع الباحث الرجوع إلى ما يريده بسهولة ويسر، أما الفقهاء المعاصرون فمنهم أيضاً من كتب في هذا الموضوع ولكن ضمن موسوعتها الفقهية دون إفراده في كتاب مستقل يؤصّل مفهوم الانفساخ وأسبابه وآثاره وما يتعلق به من أحكام. ومنهم أيضاً من تحدث عن

---

[1] سورة المائدة: الآية رقم (١).

موضـــوع له صـــلة بالانفساخ وهو الفسخ. وسيأتي التفريق بينهما في صلب هذا البحث بعونه تعالى .

أسباب اختيار الموضوع :

يرجع اختياري هذا الموضوع إلى أسباب عدة منها :

أولاً : إننـــي قـــد أحببت مادة الفقه الإسلامية، وخاصة فقه المعاملات فيه منذ أن كان لي شرف التخصص في الفقه والتشريع.

ثانـــياً : تنمـــية لمعرفتي في ميدان المعاملات، وخدمة للبحث العلمي في الفقه الإسلامي، وذلك لإثبات أن المعاملات الإسلامية المعاصرة تغطي حاجة الناس.

ثالثاً : جمع أطراف هذا الموضوع والعمل على لمّ جزئياته في عمل كريم متواضع.

رابعاً : تيسيراً لمهمة الباحثين من الطلاب والمهتمين في فقه المعاملات .

خامساً : نظراً لاتصال هذا الموضوع اتصالاً وثيقاً بواقع حياتنا العملية فلا بد إذاً من المزيد في التوسع والبحث فيه .

بناء على ما سبق أرجو أن أكون قد وفقت في اختياري هذا، وفي الوصول إلى ما أصبو إليه من إظهار أحكام الشرع في هذا الموضوع.

منهـــــج البـــحث :

لا يخفى بطبيعة الحال أن العمل في هذا البحث كان شاقاً، ومليئاً بالمصاعب خاصة وأن الكتابة فيه لا تقتصر على عقد من العقود فحسب بل يتناول الحديث عن العقود عامة. ومع ذلك فقد كنت موقنة بقوله تعالى : "ومن يتوكل على الله فهو حسبه " (١).

وقد سرت في بحثي هذا على المنهج الآتي :

١- لقد رجعت إلى أمّات المراجع المعتمدة من كتب التفسير، والحديث وعلومه، والفقه وأصوله، ومعاجم اللغة العربية، والتراجم.

٢- كما رجعت إلى جملة من المؤلفات الحديثة التي لها صلة بموضوع دراستي.

٣- قمت بالرجوع إلى بعض المواد من مجلة الأحكام العدلية، والقانون حيث أحوجني البحث إلى ذلك.

٤- عمدت إلى ذكر آراء الفقهاء في المسائل الواردة في البحث مع بيان الأدلة التي اعتمد عليها الفقهاء، ووجه الاستدلال، وسوق بعض النصوص الفقهية إن لزم الأمر، ثم الخلوص إلى ترجيح ما قام الدليل على رجحانه فيما يبدو لي، مع بيان سبب الترجيح.

٥- قمت بذكر تطبيقات على أنواع العقود المختلفة لبيان وتوضيح الأحكام المتعلقة بهذا البحث.

٦- توثيق ما نقلته توثيقاً كاملاً بعزوه إلى مصادره الأصلية.

٧- الاعتماد على الكتب المعتمدة لأصحاب المذاهب الأربعة وغيرها كالظاهرية، والزيدية، والجعفرية، والإباضية في بيان آرائهم في المسائل الفقهية.

٨- اعتمدت في بحثي هذا منهجاً التزمت خلاله الترتيب الزمني بين المذاهب الفقهية الأربعة.

٩- قمت بعزو الآيات إلى مواضعها من كتاب الله عزوجل بذكر اسم السورة ورقم الآية، كما خرجت الأحاديث النبوية الشريفة الواردة في البحث من مظّانها، وحرصت على الحكم عليها من حيث القوة والضعف، باستثناء ما كان للإمامين البخاري ومسلم، وإذا تكرر الحديث أشرت إلى مكان تخريجه السابق.

١٠- رجعت إلى كتب اللغة لشرح المفردات والمصطلحات اللغوية التي رأيت أنها بحاجة إلى بيان.

---

(١) سورة الطلاق: الآية رقم (٣).

١١- ذكــرت اســم المرجع ومؤلفه كاملاً عند وروده لأول مرة، وذكره مختصراً عند تكرره بضبط اسم المرجع واسم الشهرة لمؤلفه فقط.

١٢- ترجمت لبعض الأعلام الواردة في ثنايا البحث حيث أنني أوردتها في ملحق خاص.

١٣- أتبعــت الرســالة بعــدة مسارد تفصيلية تساعد الباحث على معرفة مواصلة البحث بكل تفصيلاته.

خطـــة البـــــحث

قســمت بحثـــي بعــد هذه المقدمة إلى تمهيد وثلاثة فصول ثم خاتمة و؟أهم النتائج ثم ملحق ثم مسارد.

المقدمة : تعرضت فيها لأهمية الموضوع وأسباب اختياره ومنهجي في البحث وخطته.

التمهيد : مفهوم العقد في الفقه الإسلامي، ويتضمن هذا التمهيد ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : مفهوم العقد والالفاظ ذات العلاقة به، وفيه ثلاث مطالب :

المطلب الأول : تعريف العقد لغة

المطلب الثاني : تعريف العقد شرعاً

المطلب الثالث : ألفاظ ذات علاقة بالعقد

المبحث الثاني : تقسيمات العقود

المبحث الثالث : آثار العقد

الفصل الأول

مفهــوم الانفــساخ

يحتوي هذا الفصل على مبحثين :-

المبحث الأول : مفهوم الانفساخ وحكمه والألفاظ ذات العلاقة به. وفيه ستة مطالب :

المطلب الأول : تعريف الانفساخ لغة

المطلب الثاني : تعريف الانفساخ شرعاً

المطلب الثالث : حكم الانفساخ

المطلب الرابع : ألفاظ ذات علاقة بالانفساخ

المطلب الخامس : الفرق بين الانفساخ والفسخ

المطلب السادس : الفرق بين الانفساخ (انحلال العقد) وانقضاء الالتزام

المبحث الثاني : محل الانفساخ (ما يرد عليه الانفساخ)

الفصــل الثــاني

أســـباب الانفســـاخ

يحتوي هذا الفصل على ثلاثة مباحث : -

المبحث الأول : الاسباب الاختيارية للانفساخ، وفيه مطلبان :

المطلب الأول : الفسخ

المطلب الثاني : الإقالة

المبحث الثاني : الأسباب غير الاختيارية للانفساخ، وفيه خمسة مطالب :

المطلب الأول : تلف المعقود عليه

المطلب الثاني : موت أحد العاقدين أو كليهما

المطلب الثالث : غصب المعقود عليه

المطلب الرابع : انتهاء مدة العقد

المطلب الخامس : الأعذار أو الحوادث الطارئة

المبحث الثالث : تغير الأهلية وأثره في انفساخ العقد، وفيه ثلاث مطالب :

المطلب الأول : تعريف الأهلية لغة واصطلاحاً وأنواعها

المطلب الثاني : عوارض الأهلية

المطلب الثالث : تغير الأهلية وأثره في العقود

الفصل الثالث

آثار انفساخ العقد وحالتي الاستناد والاقتصار فيه

يحتوي هذا الفصل على أربعة مباحث:

المبحث الأول : مفهوم الاستناد والاقتصار لغة واصطلاحاً، وفيه مطلبان :

المطلب الأول : مفهوم الاستناد لغة واصطلاحاً

المطلب الثاني : مفهوم الاقتصار لغة واصطلاحاً

المبحث الثاني : إعادة الطرفين إلى ما قبل العقد

المبحث الثالث: ضمان الخسارة الناشئة عن الانفساخ، وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : مفهوم الضمان لغة واصطلاحاً، وأدلة مشروعيته

المطلب الثاني : أسباب الضمان

المطلب الثالث : أمثلة على ضمان الخسارة الناشئة عن انفساخ العقد

المبحث الرابع : تغير محل العقد قبل الانفساخ وأثره بعد الانفساخ بالنسبة لطرفي العقد

ثم الخاتمة : وفيها عرض لأهم نتائج البحث التي توصلت إليها .

ثم وضعت ملحقاً : أوردت فيه ترجمة الأعلام الواردة في البحث

ثم مسارد البحث وتشمل :

أولاً : مسرد الآيات القرآنية التي وردت في البحث مع بيان اسم السورة ورقم الآية والصفحات التي وردت فيها .

ثانياً : مسرد الأحاديث النبوية مع بيان أرقام الصفحات التي وردت فيها .

ثالثاً : مسرد الآثار الواردة في البحث مع بيان أرقام الصفحات التي وردت فيها .

رابعــاً : مسرد الأعلام حيث ذكرت العلم مرتباً على حروف المعجم بحسب اسمه، وأشرت إلى رقم الصفحة التي ورد فيها .

خامساً : مسرد المصادر والمراجع وقد رتبته على النحو الآتي :

أ- القرآن الكريم وعلومه

ب- كتب الحديث وعلومه

جـ- كتب الأصول والقواعد الفقهية

د- كتب المذاهب الفقهية

هـ- كتب أصولية وفقهية حديثة وقانونية

و- كتب اللغة والمعاجم

ز- كتب تراجم الرجال

وفـي الختام فإنني لست معصومة عن الخطأ فإن وفقت إلى الصواب فهذا من الله تعالى وإن أخطـأت فمن نفسي وتقصيري. وصلى الله علي نبينا محمد وآله وصحبه ومن اهتدى بهداه إلى يوم الدين.

التمهيد

مفهوم العقد في الفقه الإسلامي

وفيه ثلاث مباحث :

المبحث الأول : مفهوم العقد والألفاظ ذات العلاقة به، وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : تعريف العقد لغة

المطلب الثاني : تعريف العقد اصطلاحاً (شرعاً)

المطلب الثالث : ألفاظ ذات علاقة بالعقد

المبحث الثاني : تقسيمات العقود

المبحث الثالث : آثار العقد

المبحث الأول

مفهوم العقد والألفاظ ذات العلاقة به

المطلب الأول

تعريف العقد لغة

العَقْــد لغة : مصدر الفعل عقد ثم استعمل اسماً، والجمع عقود، وقد جاء في القرآن الكريم قولــه تعالى :" يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ"(١)، وتطلق كلمة العقد في اللغة على معانٍ لغوية كثــيرة، مــنها: الشــد والربط والإحكام، والربط نقيض الحل، نقول: عَقَدتُ الحبل عقداً من باب ضرب. فانعقد فهو معقود، والعقدة ما يمسكه ويوثقه، وعقدة النكاح أي: إحكامه وإبرامه (٢).

قــال الطــبري : "وأصل العقد عقد الشيء بغيره وهو وصله به كما تعقد الحبل بالحبل إذا وصل به شداً "(٣).

والأصــل في العقد أنه استعمل للربط الحسي بين أطراف الشيء كعقد الحبل وعقد البناء ثم استعمله العرب للربط المعنوي كعقد البيع والعهد واليمين (٤).

وجــاء في تاج العروس : " إن أصل العقد نقيض الحل، عقده عقداً، ثم استعمل في أنواع العقود من البيوعات وغيرها، ثم استعمل في التصميم والاعتقاد الجازم"(٥).

---

(١) سورة المائدة : آية رقم (١).

(٢) ابــن مــنظور: لسان العرب ج٢/ ص٨٣٥، مادة عقد، باب الدال فصل العين، الناشر : دار لسان العرب - بيروت، الفيومي: أحمد بن علي المقري الفيومي ت (٧٧٠هـ): المصباح المنير في غريب الشرح الكبير ج٢/ ص٥١٢، الناشر : دار الكتب العلمية - بيروت، طبعة سنة ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م.

(٣) الطبري: جامع البيان في تفسير القرآن ج٦/ ص٣٢، الناشر: دار المعرفة - بيروت، ط(٣) سنة ١٣٩٨هـ- ١٩٧٨م.

(٤) الراغب الأصفهاني: المفردات في غريب القرآن ص٣٤١، تحقيق وضبط : محمد سيد كيلاني، الناشر: دار المعرفة - بيروت.

(٥) الزبــيدي : محمد مرتضى الحُسيني الزبيدي : تاج العروس من جواهر القاموس ج٢/ ص٤٢٦، مادة عقد، باب الدال فصل العين، الناشر : دار مكتبة الحياة -بيروت.

وفـــي أحكـــام القـــرآن للجصاص : "سمي اليمين على المستقبل عقداً؛ لأن الحالف قد ألزم نفسه الوفاء بما حلف عليه من فعل أو ترك "[١].

ومن معاني العقد في اللغة التأكيد: يقال : عقد العهد واليمين يعقدهما عقداً وعقَّدهما : أكدهما [٢].

ومـــنها العهـــد ، تقول : عاقدته على كذا وعقدته عليه بمعنى عاهدته، والجمع عقود وهي أوثق العهود، والمعاقدة المعاهدة، وتعاقد القوم : تعاهدوا[٣].

ومن مجمل المعاني اللغوية التي تضمنتها كلمة العقد يتبيَّن أن العقد على ضربين : أحدهما حسيّ كعقد الحبل، والثاني : حكمي أو معنوي كعقد البيع واليمين [٤].

المطلب الثاني

تعريف العقد اصطلاحاً

يطلق العقد في اصطلاح الفقهاء على معنيين : أحدهما عام، والآخر خاص.

أمـــا المعـــنى العام : هو "كل تصرف شرعي سواء أكان ينعقد بكلام طرف واحد أم لا ينعقد إلا بكلام طرفين"[٥].

أو بعـــبارة أخـــرى هـــو :" ما أقدم الإنسان على إنشائه ملتزماً بإنفاذ حكمه وأثره سواء كان له طرف يقابله فيه أم كان إنشاؤه له بمفرده "[٦].

---

[١] الجصاص :: أحكام القرآن ج٢/ ص٢٩٤، الناشر : دار الكتاب العربي - بيروت.

[٢] ابن منظور : لسان العرب ج٢/ ص٨٣٥، الفيومي: المصباح المنير ج٢/ ص٥٠٢.

[٣] الفيروز آبادي : مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي : القاموس المحيط ج١/ ص٣٤٥، ط (٢) المطبعة الحسينية - مصر لسنة ١٣٤٤هـ.

[٤] القرطبـــي : أبـــو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرج القرطبي ت(٦٧١هـ): الجامع لأحكام القرآن - تفسير القرطبي ج٦/ ص٢٦٦، تحقيق: أحمد عبد العليم البردوني، ط (٢) سنة ١٣٧٢هـ، الناشر : دار الشعب - القاهرة .

[٥] أبو زهرة : الإمام محمد أبو زهرة: الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ص١٨٠، الناشر: دار الفكر العربي.

[٦] الدرعان : د. عبد الله بن عبد العزيز الدرعان: التصرف الانفرادي وأثره في بناء العقود والإلتزامات ص١٠١، الناشر مكتبة التوبة - الرياض، ط(١) سنة ١٤١٣هـ -١٩٩٣م.

وبذلك، فإن كل التزام تعهد الإنسان الوفاء به يعد عقداً بمعناه العام سواء كان ذلك الالتزام في مقابل التزام آخر كما في البيع والإجارة، أم كان التزاماً من طرف واحد كاليمين والطلاق والنذر، وسواء كان التزاماً دينياً كأداء الفرائض والواجبات. وترك المحظورات، أم كان التزاماً دنيوياً كأحكام المعاملات[1]، وهذا المعنى يظهر واضحاً من أقوال المفسرين لقوله تعالى :" أَوْفُوا بِالْعُقُودِ "[2]، يقول الإمام الطبري : "أوفوا بالعقود يعني : أوفوا بالعهود التي عاهدتموها ربكم والعقود التي عاقدتموها إياه وأوجبتم بها على أنفسكم حقوقاً وألزمتم أنفسكم بها لله فروضاً فأتموها بالوفاء والكمال والتمام منكم لله بما ألزمكم بها ولمن عاقدتموه منكم بما أوجبتموه له بها على أنفسكم"[3].

وقال ابن العربي : "ربط العقد تارة يكون مع الله، وتارة يكون مع الآدمي: فتارة يكون بالقول، وتارة بالفعل ... والعقد بالفعل أقوى منه بالقول "[4].

وقد قال بالإطلاق العام الإمام الجصاص من الحنفية، إلاّ أنه يشترط لاعتبار كل ما يلتزم به الإنسان عقداً أن يكون التزامه بشيء يتحقق في المستقبل[5].

ومن القائلين بالإطلاق العام أيضاً الألوسي، حيث قال في معرض تفسيره لقوله تعالى : " أَوْفُوا بِالْعُقُودِ"[6]: " إن المراد بها ما يعم جميع ما ألزمه الله تعالى عباده، وعقد عليهم من

---

[1] المرجع السابق ص٩٧.

[2] سورة المائدة : الآية رقم (١).

[3] الطبري: جامع البيان في تفسير القرآن ج٦/ ص٣١-٣٢.

[4] ابن العربي: أحكام القرآن ج٢/ ص٥٢٦، تحقيق : علي محمد البجاوي، الناشر : دار الفكر.

[5] أحكام القرآن ج٢/ ص٢٩٤ -٢٩٥.

[6] سورة المائدة : آية رقم (١).

التكاليف والأحكام الدينية، وما يعقدونه فيما بينهم من عقود الأمان والمعاملات ونحوهما مما يجب الوفاء به "[1].

وأما المعنى الخاص للعقد فهو: "ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول شرعاً "[2]، أو بعبارة أخرى هو : "ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه، ويترتب على العقد التزام كل واحد من العاقدين بما وجب به للآخر"[3].

وهذا هو المعنى الشائع في عبارات الفقهاء عندما يتكلمون عن العقد وأركانه وشروطه وصيغته، حتى يكاد هذا المعنى ينفرد بالاصطلاح. وإليك بعض هذه العبارات:

أولاً : في مذهب الحنفية : قال صاحب العناية[4]: " العقد تعلّق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعاً، على وجه يظهر أثره في المحل "، وفي حاشية ابن عابدين[5]:" العقد مجموع إيجاب أحد المتكلمين مع قبول الآخر أو كلام الواحد القائم مقامهما".

ثانياً : في مذهب المالكية : جاء في حاشية العدوي :" ثم أقول : لا يخفى أن البيع العقد المذكور المتوقف حصوله على الإيجاب والقبول ... "[6].

ثالثاً : من مذهب الشافعية: جاء في المهذب:" ولا ينعقد البيع إلا بالإيجاب والقبول"[7].

---

[1] الألوسي: روح المعاني في تفسير القرآن والسبع المثاني ج٦/ ص٤٨، الناشر : دار الفكر - بيروت، ط سنة ١٣٩٨ هـ - ١٩٧٨م.

[2] الجرجاني: التعريفات ص ١٥٨، الناشر: مكتبة لبنان - بيروت، طبعة لسنة ١٩٧٨م.

[3] باشا: محمد قدري باشا: مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان في المعاملات الشرعية على مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان ص٤٩، المادة ٢٦٢، الناشر : المكتبة المصرية، ط (١) سنة ١٣٣٨هـ .

[4] البابرتي : كمال الدين محمد بن محمود البابرتي ت (٧٨٦هـ) : العناية على الهداية ج/ ص٢٤٨، مطبوع مع شرح فتح القدير لابن الهمام، الناشر : مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده -مصر، ط(١) سنة ١٣٨٩هـ - ١٩٧٠م.

[5] ابن عابدين : رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار - المعروف بحاشية ابن عابدين ج٣/ص٣، الناشر: مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي - مصر، ط(٢) سنة ١٣٨٦هـ -١٩٦٦م.

[6] العدوي: حاشية العدوي ص٥، مطبوعة على هامش الخرشي على مختصر خليل، الناشر: دار صادر -بيروت.

[7] الشيرازي : أبو اسحق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي الشيرازي: المهذب في فقه الإمام الشافعي ج١/ ص ٢٦٤، الناشر: دار المعرفة - بيروت ، ط(٢) سنة ١٣٧٩هـ - ١٩٥٩م.

رابعـاً مـن الحنبلـية : قال صاحب المغني : "والبيع على ضربين : أحدهما الإيجاب والقبول، والثاني : المعاطاة "[1].

ويلاحـظ مـن عبارات الفقهاء السابقة أن العقد من قبيل الارتباط الاعتباري بين شخصين نتيجة لتوافق إرادتهما التي يعّبر عنها الإيجاب والقبول الصادر عنهما.

ومـن الفقهاء المحدثين عرّفه الشيخ الزرقا بقوله :" ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محلّه "[2].

العلاقة بين المعنيين : العام والخاص للعقد :-

إن المعنى العام والخاص للعقد يرادان عند اطلاق الفقهاء لهذا المصطلح، فعندما يطلقون كلمـة (عقـد) يريدون المعنى العام، ويقصدون به التوثيق واللزوم، ولكنهم عندما يتكلمون عن أحكـام كـل عقد وما يترتب عليه من التزامات متقابلة، ينصرف ذلك إلى المعنى الخاص للعقد، الـذي تنحصر فيه نصوص الفقهاء عندما يتكلمون عن تقسيمات العقود، وقد ذكرت سابقاً بعض عباراتهم، والتي تدل بمجموعها على أن إطلاق كلمة العقد تنصرف إلى ما يتم بإرادتين وبإيجاب وقبول .

وعلـيه، يكـون إطـلاق كلمـة العقد على المعنى الخاص من باب إطلاق العام لإرادة الخصـوص، وإطـلاق كلمة العقد على المعنى العام من باب إطلاق العموم لإرادة العموم، وهو عموم الالتزام سواء أكان هذا الالتزام صادراً من طرف واحدٍ أم من طرفين[3]، يـدل على ذلك

---

[1] ابن قدامة: المغني على مختصر أبي القاسم الخرقي ج٣/ ص٥٦١، الناشر : مكتبة الرياض الحديثة- الرياض.

[2] الزرقا : مصطفى الزرقا : المدخل الفقهي العام ج١/ ص٣٨٢، الناشر : دار القلم - دمشق، ط (١) سنة ١٤١٨هـ - ١٩٨٨م.

[3] الدرعان : التصرف الانفرادي ص ٩٨-١٠١، بتصرف .

مــا أورده الجصاص كما ذكر سابقاً[1]، وما ذكره الزركشي عند تقسيمه للعقود بقوله :

عقد النذور واليمين والوقوف والطلاق والعتاق إذا كانا بغير عوض [2].

المطلب الثالث

ألفاظ ذات علاقة بالعقد

أولاً : التصرف :

التصرف في اللغة : من صَرَف، والصَّرّف : التقلّب والحيلة، ومنه قولهم : إنه يتصرّف في الأمور، ويقال : فلان يُصرَف ويتصرَّف لعياله أي : يكتسب لهم [3].

وأما في الاصطلاح : فلم يذكر الفقهاء القدامى في كتبهم تعريفاً للتصرف ولكن يفهم من كلامهم أن التصــرف هــو: مــا يصدر عن الشخص بإرادته. ويرتب عليه الشرع أحكاماً مختلفة. وقد عرّف الشيخ الزرقا رحمه الله تعالى التصرف بأنه :" كل ما يصدر عن شخص بإرادته، ويرتب الشرع عليه نتائج حقوقية "[4].

والتصرف إما أن يكون فعلياً، وإما أن يكون قولياً [5].

أمــا التصــرف الفعلــي : فهــو ما كان قوامه عملاً غير لساني؛ كإحراز المباحات، والغصب، والإتلاف، واستلام المبيع، وقبض الدين، وما أشبه ذلك [6].

والتصرف القولي نوعان :

---

(1) الجصاص : أحكام القرآن ج٢/ ص٢٩٤.

(2) الزركشي : المنثور في القواعد ج٢/ ص١٢٢، تحقيق : محمد حسن اسماعيل، الناشر : دار الكتب العلمية - بيروت، ط (١) سنة ١٢١٤هـ - ٢٠٠٠م.

(3) ابن منظور : لسان العرب ج/ ص٤٣٢ فما بعدها، مادة صرف، باب الفاء فصل الصاد.

(4) المدخل الفقهي ج/ ص٣٧٩.

(5) الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج٧/ ص١٧٠-١٧١، الناشر : دار الكتب العلمية - بيروت، ط (٢) سنة ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦م .

(6) الكاساني : بدائع الصنائع ج٧/ ص١٧١، الزرقا : المدخل الفقهي ج١/ ص٣٧٩.

النوع الأول : تصرف قولي عقدي : وهو الذي يكون فيه اتفاق إرادتين كالبيع والشراء، والإجارة ونحو ذلك، وهذا النوع يشمل العقد بمعناه الخاص.

النوع الثاني : تصرف قولي غير عقدي : وهذا النوع إما أن يتضمن إرادة إنشائية وعزيمة مبرمة من صاحبه على إنشاء حق أو إنهائه أو إسقاطه، كالوقف والطلاق والإعتاق والإبراء والتنازل عن حق الشفعة، وهذا يشمل العقد بمعناه العام . وإما أن لا يتضمن إرادة منصبة على إنشاء الحقوق أو إسقاطها، ولكنه أقوال تترتب عليها نتائج حقوقية، كالدعوى، والإقرار، والحلف على نفي دعوى الخصم، فإنها أخبار يترتب عليها مؤاخذات وأحكام قضائية مدنية[١].

وعلى هذا، يكون التصرف أعم من العقد بمعنييه العام والخاص؛ لأن التصرف يشمل الأقوال والأفعال، بينما يعتبر العقد مطلقاً نوعاً من التصرف القولي. فكل عقد هو تصرف ولا عكس.

ثانياً : الالتزام :

أصل الالتزام في اللغة : من لزم يلزَم لزوماً أي: ثبت ودام ووجب عليه، يقال: لزمه المال : وجب عليه، ولزمه الطلاق : وجب عليه حكمه، وألزمته المال والعمل وغيره فالتزمه، والالتزام الاعتناق[٢].

وفي الاصطلاح : هو "كون الشخص مكلفاً بفعل أو بامتناع عن فعل لمصلحة غيره"[١]. ومثاله: تسليم البائع المبيع، فهو التزام على البائع لمصلحة المشتري، وأداء الثمن هو التزام على المشتري لمصلحة البائع بموجب عقد البيع .

وكذلك نفقة الفقير على قريبه الغني هي التزام على الغني لمصلحة قريبه الفقير. وكذلك عدم استعمال الوديعة، وعدم التقصير في حفظها، هما التزامان على الوديع لمصلحة المودِع بموجب

---

[١] الزرقا : المدخل الفقهي ج١/ ص٣٧٩ – ص٣٨٠ .

[٢] ابن منظور : لسان العرب ج٣/ ص٣٦٢، مادة لزم، باب الميم فصل اللام، الفيومي : المصباح المنير ج/ ص٧٥٨.

عقـد الإيـداع. وكذا ضمان المتلفات هو التزام على المُتلِف للمتلَف له بموجب الفعل الضار من المتلِف [٢].

يلاحظ من الأمثلة السابقة ما يلي :-

أولاً : أن الالـتزام هو : تصرف في حقيقته، سواء أكان في مقابلة التزام آخر، كما في عقد البيع والإجارة ونحوها، أم كان التزاماً من جانب واحد، كما في النفقة من الغني على قريبه الفقير.

ثانـياً : مصـدر الالتزام إما العقد – بمعناه الخاص – أو غيره، وإذا كان العقد مصدراً للالتزام، فهذا يستلزم أن يكون الالتزام أثراً ونتيجة للعقد .

وبـناء علـى مـا تقـدم، يكون الالتزام أعمّ من العقد بمعناه الخاص ، كما أن الالتزام هو الأثر المترتب على العقد ، و ليس العقد ذاته .

---

[١] الزرقا : المدخل الفقهي ج١/ ص٥١٤.

[٢] انظر : المدخل الفقهي للزرقا ج١/ ص٥١٤ فما بعدها بتصرف .

المبحث الثاني

تقسيمات العقود

للعقود أقسام متعددة باعتبارات مختلفة، وفيما يلي أعرض أهم هذه التقسيمات :

التقسيم الأول : ينقسم العقد باعتبار الشارع له، وترتُب آثاره عليه إلى قسمين : عقد صحيح، وعقد غير صحيح .

فالعقد الصحيح : هو ما كان مشروعاً بأصله ووصفه معاً، بحيث يكون مستجمعاً لأركانه وشروطه، فيصبح سبباً صالحاً لترتب آثاره الشرعية عليه[1]، كعقد البيع من العاقل البالغ للمال المتقوم بثمن معلوم نقداً أو نسيئة إلى أجل معلوم، فإنه يترتب عليه أثره من نقل ملكية المبيع للمشتري والثمن للبائع، وكعقد الإجارة للانتفاع بعين موجودة انتفاعاً مشروعاً، فيترتب عليها أثرها المقصود منها من نقل الانتفاع إلى المستأجر، ونقل الأجرة للمؤجر [2].

والعقد غير الصحيح : هو ما كان غير مشروع بأصله ووصفه، ولا يصلح سبباً لترتب الآثار الشرعية عليه، كالعقد على الميتة والدم والخمر وكل ما ليس بمال، وعقد المجنون، والصبي غير المميز، والعقد على محل مجهول في عقود المعاوضة[3].

---

(1) البخاري : عبد العزيز أحمد البخاري ت (٧٣٠هـ) : كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي ج١/ ص٥٣٠، ضبط وتعليق: محمد المعتصم بالله البغدادي، الناشر: دار الكتاب العربي، ط(٣) سنة ١٤١٧هـ -١٩٩٧م، الآمدي: علي ابن أبي علي بن محمد الآمدي : الإحكام في أصول الأحكام ج١/ ص١٧٦، تحقيق : د. سيد الجميلي، الناشر : دار الكتاب العربي - بيروت، ط (١) سنة ١٤٠٤هـ، الخياط: د. عبد العزيز الخياط : المدخل إلى الفقه الإسلامي ص١٣٤، الناشر : دار الفكر - عمان، (ط١) سنة ١٤١١هـ - ١٩٩١م.

(2) الزرقا : المدخل الفقهي ج١/ ص٦٣٦ .

(3) ابن عابدين: رد المحتار- ج٥/ ص٤٩، الكاساني: البدائع ج٥/ ص٣٠٥، الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج٣/ص٥٤، الناشر: دار إحياء العربية - عيسى الحلبي وشركاه، البخاري: كشف الأسرار : ج١/ ص٥٣٠، الإحكام ج١/ ص١٧٦، المطيعي : الشيخ محمد بخيت بن حسن المطيعي : سلم الوصول شرح نهاية السول للإسنوي ج٢/ ص٢٩٧ فما بعدها، مطبوع مع نهاية السول، المطبعة السلفية - القاهرة، شلبي: محمد مصطفى شلبي: المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، ص٥٥٠، الناشر : دار النهضة العربية - بيروت ، طبعة سنة ١٣٨٨هـ-١٩٦٩م.

وذهـــب جمهـــور الفقهـــاء غير الحنفية إلى أن العقد غير الصحيح يشمل : العقد الباطل والفاسد، وهما بمعنى واحد[1].

أمـــا الحنفية فقد قسموا العقد غير الصحيح إلى قسمين : عقد باطل، وعقد فاسد. والباطل عندهم: "ما لا يكون مشروعاً بأصله ووصفه "[2]، كعقد المجنون، والعقد على الميتة.

أمـــا العقـــد الفاســـد : فعرفوه بأنه :" ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه "[3]، كبيع الشيء بثمن مجهول -غير محدود- .

التقسيم الثاني : بالنظر إلى التسمية وعدمها :

تنقسم العقود بهذا النظر إلى قسمين :

أ- عقـــود مســـمّاة : وهي التي وضع الشارع لها اسماً خاصاً بها، وبيَّن أحكامها المترتبة عليها، كالبـــيع والإجـــارة والشـــركة والكفالـــة، والحوالة والرهن والإعارة والقرض والنكاح والوصية ونحوها[4].

ب- عقـــود غير مسمّاة : وهي التي لم يضع لها الشارع اسماً خاصاً لموضوعها، ولم يرتب لها أحكامـــاً تخصـــها وإنمـــا استحدثها تبعاً لحاجتهم لها وهي كثيرة لا تنحصر؛ لأنها تتنوع بحسب حاجـــة العاقد والموضوع المتفق عليه ضمن الغايات المشروعة[5]. وقد نشأت في الفقه الإسلامي عقود جديدة كثيرة في عصور مختلفة، وأطلق عليها الفقهاء أسماء خاصة، ووضعوا لها أحكاماً،

---

(1) السيوطي: الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية ص٣٦١، الناشر : مؤسسة الكتب الثقافية -بيروت - ط (١) سنة ١٤١٥هـ -١٩٩٤م، البعلي: علي بن عباس البعلي الحنبلي ت٨٠٣هـ : القواعد والفوائد الأصولية ص١١٠، تحقيق : محمد حامد الفقي، الناشر : مطبعة السنة المحمدية - القاهرة سنة ١٣٧٥هـ -١٩٥٦م.

(2) البخاري : كشف الأسرار ج١/ ص٥٣١، ابن نجيم: الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان ص٣٣٧، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، طبعة سنة ١٤٠٥هـ -١٩٨٥م. حاشية ابن عابدين ج٥/ ص٤٩ .

(3) المراجع السابقة .

(4) الزرقا : المدخل الفقهي ج١/ ص٦٣٢، شلبي: المدخل ص٥٦١، الخياط: المدخل ص١٤٤.

(5) الزرقا : المدخل الفقهي ج١/ ص٦٣٢، شلبي: المدخل ص٥٦١.

فأصبحت بهذا عقوداً مسماة، كبيع الوفاء[1]، وعقد الاستصناع[2]. وفي العصر الحديث عقد النشر والإعلان في الجرائد أو غيرها من الوسائط، وعقود الطباعة وأمثال ذلك. وموقف الفقهاء من هذه العقود الجديدة بعد وضع الأسماء لها هو تخريج أحكامها وفق ما جاءت به النصوص الشرعية، والقواعد العامة، ولذلك نجد أنّ هذا النوع من العقود هو محل خلاف بين الفقهاء غالباً[3].

التقسيم الثالث : بالنظر إلى اللزوم وعدمه :

العقد اللازم هو : العقد الصحيح الذي لا يكون لأحد العاقدين فيه حق الفسخ دون رضا الآخر.

ويقابله العقد الجائز أو غير اللازم وهو : ما يكون لأحد العاقدين فيه حق الفسخ، دون توقف على رضا الطرف الآخر[4].

وقد قسم الفقهاء العقد باعتبار اللزوم والجواز إلى أربعة أقسام [5]:

أ- عقد لازم بحق الطرفين ولا يقبل الفسخ ولو باتفاق العاقدين، ومثاله عقد الزواج فإنه لا يقبل الإلغاء الاتفاقي، ولكنه يقبل الإنهاء بطرق شرعية كالطلاق والخلع والتفريق القضائي.

ب- عقد لازم بحق الطرفين ويقبل الفسخ والإلغاء باتفاق العاقدين، وهذه هي عقود المعاوضات كالبيع والإجارة والمزارعة والمساقاة، والصلح ونحوها .

---

[1] بيع الوفاء : هو عقد يشترط فيه البائع أنه متى رد الثمن إلى المشتري ردّ إليه المبيع، وقد اختلف في تكييف هذا العقد العقد أهو بيع أم رهن ؟ انظر : حاشية ابن عابدين ج٥/ ص٢٧٦.

[2] عقد الاستصناع هو : طلب العمل من الصانع في شيء خاص على وجه مخصوص، انظر : حاشية ابن عابدين ج٥/ ص٢٢٣.

[3] شلبي : المدخل ص٥٦٧.

[4] الزركشي : المنثور ج٢/ ص١٢٣، شلبي : المدخل ص٥٥٧.

[5] ابن نجيم : الأشباه والنظائر ص٣٣٦، ابن عبد السلام: قواعد الأحكام في مصالح الأنام ج٢/ ص١٤٨ فما بعدها، راجعه وعلق عليه : طه عبد الرؤوف سعد، الناشر : دار الجيل - بيروت، ط (٢) سنة ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م، الزركشي : المنثور ج٢/ص١٢٣، السيوطي : الأشباه والنظائر ص ٣٤٨. ابن قدامة : المغني ج٣/ ص٥٩٤، الزرقا : المدخل الفقهي ج١/ ص٦٣٩، شلبي : المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي ص٥٥٨.

جـــ- عقــد لازم بحــق أحــد الطرفين فقط، كالرهن والكفالة؛ فإنهما لازمان في حق الراهن والكفيل، وغير لازمين بحق المرتهن والمكفول له، فلكل واحد منهما الحق في أن يفسخ العقد في أي وقت شاء سواء رضي الراهن والكفيل أم لم يرضيا .

د- عقــد غير لازم أصلاً بحق كلا العاقدين، فلكلا العاقدين أن يفسخ العقد منفرداً بفسخه، ولو لم يرض الطرف الآخر، كالإيداع والإعارة والوكالة والشركة والمضاربة والوصية والهبة.

التقسيم الرابع : بالنظر إلى الفورية والاستمرار :

ينقسم العقد بهذا النظر إلى قسمين[1]:

الأول : عقــد فــوري: وهــو العقد الذي لا يحتاج تنفيذه إلى زمن ممتد يشغله باستمرار، بل يتم تنفــيذه فوراً دفعة واحدة في الوقت الذي يختاره العاقدان، كالبيع مثلاً فإن البائع له حق التصرف بالثمــن جــال قبضـــه، وكذلــك المشـــتري له حق التصرف بالمبيع حال تسلمه، كذلك الصلح، والقرض، والهبة وغيرها من العقود.

الثانـــي : عقد مستمر : وهو العقد الذي يستغرق تنفيذه مدة من الزمن ويمتد بامتداد الزمن حسب الشــروط المتفق عليها بين العاقدين والتي تقتضيها طبيعة العقد، ومن الأمثلة على هذا النوع من العقود : عقد الإجارة والإعارة والوكالة.

التقسيم الخامس: بالنظر إلى غاية العقد والغرض منه :

تنقسم العقود بهذا الاعتبار إلى سبعة أقسام[2]:

---

[1] الزرقا : المدخل الفقهي ج1/ ص644، الخياط: المدخل إلى الفقه الإسلامي ص146 وما بعدها .

[2] شلبي: المدخل ص567 فما بعدها، الزحيلي: د.وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته ج4/ ص244، الناشر: دار الفكر - دمشق، ط (2) سنة 1984م - 1985م،بدران: بدران أبو العينين بدران : الشريعة الإسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقود ص460 فما بعدها، الناشر : مؤسسة شباب الجامعة - الاسكندرية- الخياط : المدخل ص145 فما بعدها.

١- عقــود التملــيكات : وهي العقود التي يكون الغرض منها التمليك، سواء كان التمليك للعين، كالبيع مثلاً، أم كان التمليك للمنفعة كالإجارة، وقد يكون التمليك بعوض أو بغير عوض.

وعليه، فإن عقود التمليكات تنقسم إلى ثلاثة أنواع :

أ- المعاوضـــات : وهي العقود التي تقوم على أساس إنشاء واجبات بين المتعاقدين يأخذ فيه كل مــن الطرفيــن شــيئاً ويعطي في مقابله شيئاً مثل: البيع، الإجارة، الشركة، المزارعة، المساقاة، ونحوها مما فيه مبادلة بين طرفي العقد.

ب- التــبرعات : وهـــي العقود التي تقوم على أساس التبرع من أحد الطرفين للآخر مثل: الهبة والصدقة والإعارة والوقف، والكفالة بغير أمر المدين ونحوها.

جـ- عقود فيها معنى التبرع ابتداء والمعاوضة انتهاء مثل: الحوالة، والكفالة والوكالة، والرهن والقرض.

٢- عقــود الإسقاطات : وهي ما كان الغرض منها إسقاط حق من الحقوق، سواء أكان ذلك في مقابل بدل أم بدون بدل، وهذه العقود أيضاً نوعان:

أ- عقــود إســقاطات محضـــة، أي بدون مقابل من الطرف الآخر، كالطلاق المجرد عن المال، والعفو عن القصاص، والإبراء من الدَيْن ونحو ذلك .

ب- عقــود اســقاطات فيها معنى المعاوضة، وهي ما كان الإسقاط فيها مقابل بدل من الطرف الآخر، كالطلاق على مال، والعفو عن القصاص مقابل الدية.

٣- عقــود الإطلاقـــات : وهي العقود التي يكون الغرض منها إطلاق يد الإنسان في تصرف لم يكــن ثابــتاً له من قبل، كالوكالة والقضاء والإيصاء، فإن كلاً من الوكيل والقاضي والوصي قد أطلق يده في أمر كان ممنوعاً منه .

٤- عقود التوثيقات : وهي التي يقصد منها ضمان الديون لأصحابها، كالكفالة والحوالة والرهن.

٥- عقــود الحفــظ : وهــي العقــود التي يكون القصد منها حفظ المال لصاحبه، كالإيداع، فإن المودِع يضع ماله عند المودَع ليحفظه .

٦- عقــود التقيــيدات : وهي التي يكون الغرض منها تقييد شخص من تصرف كان مباحاً له، كعزل الوكيل عن الوكالة، وعزل الولاة والقضاة ونحوه.

٧- عقــود الاشتراك : وهي التي يكون الغرض منها الاشتراك في نماء المال، أو ما يخرج من العمل ومثاله : عقود الشركة بأنواعها، والمزارعة والمساقاة والمضاربة.

المبحث الثالث

آثار العقد

آثـــار العقـــد هي : ما يترتب على العقد من الأحكام والنتائج، وما يهدف إليه العاقدان، وهي المقصود الأصلي للعاقدين من إنشاء العقد [1].

وآثـــار العقـــد تترتب عليه بحكم من الشارع، لا بإرادة من العاقد، لأنّ العاقد ينشئ العقد فقـــط، ولكن لا ينشئ الآثار، فإرادة العاقد لها تأثير في تكوين العقد وإيجاده، دون أن تتعدى إلى إنشـــاء الآثار، وترتبها على العقد، من هنا اعتبر الفقهاء العقود أسباباً جَعْلية شرعية، أي أن آثار العقد وأحكامه بوضع من الشارع، وقد جعل العقد سبباً وطريقاً لإثبات هذه الآثار والأحكام[2].

والحكمـــة مـــن جعل آثار العقد وأحكامه من قبل الشارع هي : إقامة العدل بين الناس، وصون المعـــاملات عـــن دواعـــي الفساد، ومنع الغرر في التعامل، وحسم أسباب النزاع والخلاف بين الناس[3].

وبمـــا أن الشارع قد جعل لكل عقد أثراً يترتب عليه، فليس للعاقد أن يفرّ منه، أو أن يتخلص من أحكامه وآثاره بعد انعقاده.

هذا، وتختلف آثار العقد حسب اختلاف نوع العقد [4]:

---

(1) الســنهوري : د. عبد الرزاق أحمد السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج٥/ ص٦٠، الناشر : دار النهضة العربية -القاهرة، الزحيلي : د. محمد الزحيلي: النظريات الفقهية ص٧٧ وما بعدها، ط (١) سنة ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م، دار القلم - دمشق الدار الشامية - بيروت.

(2) أبو زهرة : الملكية ونظرية العقد ص٢٢٥ فما بعدها.

(3) المرجع السابق ص٢٩٩.

(4) السنهوري : مصادر الحق ج٦/ ص٥٤، الموسوعة الفقهية : وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية -الكويت ج٣٠/ ص ٢٣٩، ط (١) سنة ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م .

ففـــي عقود الملكية التي ترد على الأعيان -كالبيع والهبة - أثر العقد: نقل الملكية من عاقد إلى آخـــر إذا اســـتوفت هذه العقود أركانها، وتحققت شروطها، سواء أكان بعوض - كعقد البيع فإنه ينقل ملكية المبيع من البائع إلى المشتري، وملكية الثمن من المشتري إلى البائع ، أم بغير عوض كما في عقد الهبة.

وفـــي عقود المنفعة : أثر العقد نقل المنفعة أو حلّ الانتفاع بالمعقود عليه بعوض كما في عقد الإجارة، أو بغير عوض كما في عقد الإعارة والوصية.

وفـــي عقـــود التوثيق ــ كعقد الرهن ــ أثر العقد : توثيق الدين باشتراك ذمة جديدة مع ذمة المدين، أو حبس الرهن حتى يؤدى الدين .

وفي عقد الحوالة : نقل الدين من ذمة المدين إلى شخص آخر .

وفي عقود العمل ــ كعقد المضاربة والمزارعة والمساقاة ونحوها ــ أثر العقد هو: حق التصرف في المعقود عليه بالعمل فيه .

وفي عقد الإيداع: حفظ الوديعة بيد الوديع .

وهكذا في كل عقد يعقد لغرض من الأغراض المشروعة .

الفصل الأول

مفهوم الانفساخ وحقيقته

وفيه مبحثان :-

المبحث الأول : مفهوم الانفساخ وحكمه والألفاظ ذات العلاقة به، وفيه ستة مطالب :

المطلب الأول : تعريف الانفساخ لغة

المطلب الثاني : تعريف الانفساخ اصطلاحاً (شرعاً)

المطلب الثالث : حكم الانفساخ

المطلب الرابع : ألفاظ ذات علاقة بالانفساخ

المطلب الخامس : الفرق بين الانفساخ والفسخ

المطلب السادس : الفرق بين الانفساخ (انحلال العقد) وانقضاء الالتزام

المبحث الثاني : محل الانفساخ (ما يرد عليه الانفساخ)

المبحث الأول

مفهوم الانفساخ والألفاظ ذات العلاقة به

تمهيد :

انحلال العقد يقصد به : زوال الرابطة الحقوقية التي تربط كلاً من المتعاقدين بموضوع العقـــد، أي المقصـــد الأصـــلي الذي شُرع العقد لأجله[١]، وهذا لا يتصور إلا بعد تمام الانعقاد الصحيح وقبل تمام التنفيذ .

وهذا الانحلال يكون بأحد أمرين :

الأول : بإرادة العاقدين أو أحدهما ويسمى في اصطلاح الفقهاء فسخاً .

الثاني : بسبب خارج عن الإرادة ويسمى انفساخاً .

ويترتب على ما سبق أن يخرج من دائرة البحث أمرين :

أحدهما : زوال العقد وانحلاله بانقضاء الالتزام [٢].

الثاني : زواله لكونه عقداً غير صحيح[٣]، أوغير نافذ [٤].

هــذا، وقــد اقتصـــرت الحديـــث فـــي هذا البحث المتواضع حول انحلال العقد بالانفساخ بعونه عزوجل.

---

[١] الزرقا : المدخل الفقهي العام ج١/ ص٤٠٠ و ٥٩٣، السنهوري : مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج٦/ ص٢٠١.

[٢] انظـــر في تعريف الالتزام ص١٠ من التمهيد، وسيأتي – إن شاء الله تعالى- التفريق بين انقضاء الالتزام والانفساخ انظر: المطلب السادس من المبحث الأول من الفصل الأول من هذا البحث .

[٣] لطفاً أنظر في تعريف العقد غير الصحيح ص١٢ من التمهيد .

[٤] العقد غير النافذ أو العقد الموقوف هو : ما كان مشروعاً بأصله ووصفه ويفيد الملك على سبيل التوقف لتعلق حق الغير به كبيع الفضولي. انظر: داما : عبد الرحمن بن سليمان: مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ج٢/ص٣٩، الناشر: ابن عابدين: رد المحتار ج٥/ص٥٠

المطلب الأول

تعريف الانفساخ لغة

الانفســـاخ في اللغة : مصدر انفسخ، وهو مطاوع فسخ، ويطلق على معان لغوية كثيرة منها[1]:

الضعف : في العقل والبدن كالفسخة، والفسيخ: الضعيف الذي لا يظفر بحاجته ولا يصلح لأمره، ومنه يقال للأمير الضعيف الذي ينفسخ عند الشدة أنه : كالفسيخ .

الجهل : وهو يرجع إلى ضعف العقل .

إفساد الرأي : يقال: فسخ رأيه فسخاً أي : أفسده .

الطرح : يقال : فسخت عني ثوبي إذا طرحته .

الـــتفريق والـــنقض والـــزوال : يقال فسخ الشيء أي : فرّقه، ويقال : فسخ الشيء يفسخه فسخاً فانفســـخ : نقضـــته فانتقض، وفسخت العود أي : أزلته عن موضعه بيدك فانفسخ، وتفسَّخ الشعر عـــن الجلـــد أي : زال وتطاير وهذا خاص بالميت، ومن المجاز : انفسخ العزم والبيع والنكاح : أي انتقض وارتفع، وتفاسخت الأقاويل : تناقضت .

المطلب الثاني

تعريف الانفساخ اصطلاحاً

يطلـــق مصـــطلح (انفساخ العقد) على ألسنة الفقهاء بمعنى انتهاء العقد وانحلال رابطته لاســـتحالة تنفـــيذه بســـبب طارئ غير إرادي. ونظراً لأهمية هذا الموضوع -الانفساخ- لم يَفُتْ

---

(1) ابـــن مـــنظور : لســـان العرب ج٢/ ص١٠٩٤ فما بعدها، مادة (فسخ) : فصل الفاء من باب الخاء، الفيروزآبادي : القاموس المحيط ج /ص٢٦٦، الزبيدي : تاج العروس ج٢/ ص٢٧٣، الفيومي : المصباح المنير ج٢/ص٦٤٦.

بعـــض الفقهـــاء أن يعـــرفوه، إلاّ أنّ تعريفهم له لم يرد مستقلاً بل ورد في معرض التفريق بينه وبين الفسخ[1].

جاء في الفروق [2]:" فالفسخ : قلب كل واحد من العوضين لصاحبه، والانفساخ : انقلاب كـــل واحـــد مـــن العوضـــين لصاحبه" ثم ذكر أنّ الانفساخ هو صفة للعوضين، ومثله جاء في المنثور[3].

وهـــذا الـــتعريف لا يصلح أن يكون حدّاً للانفساخ، حيث إنَّ العلماء يرون أن التعريف ينبغـــي أن يكـــون جامعاً مانعاً، والتعريف السابق للانفساخ هو بيان وتوضيح للعلاقة التي تربط بيـــن الفسخ والانفساخ من جهة، وهي علاقة السببية؛ بمعنى أن الفسخ هو سبب ينتج عنه إعادة طرفي العقد إلى ما قبل التعاقد، وذلك بردّ كل من العوضين إلى صاحبه، فإذا ردّ كل عوضٍ إلى صاحبه حُكِمَ على العقد بالانفساخ، وكان بذلك صفة للعوضين اللذيْن رُدّا بفعل المتعاقدين[4].

ومن جهة أخرى فإن هذا التعريف لم يتعرض إلى ما يؤدي إلى انفساخ العقد من عوامل خارجة عن إرادة الطرفين مما يمنع الاستمرار في العقد.

وهـــذا التعريف أيضاً قصر الانفساخ على عقود المعاوضات، مع أنه قد يرد على غيرها من العقود .

---

[1] الفسخ هو : حل ارتباط العقد، انظر : ابن نجيم: الأشباه والنظائر ص٣٣٨، وسيأتي تفصيل ذلك في محلّه إن شاء الله تعالى .

[2] القرافي: الفروق أو أنوار البروق في أنواء الفروق ج٣/ ص٢٦٩، الفرق الخامس والتسعون والمائة، ضبطه وصححه : خليل المنصور، الناشر: دار الكتب العلمية – بيروت، ط (١) سنة ١٤١٨هـ –١٩٩٨م.

[3] المنثور في القواعد ج٢/ ص١٦٩.

[4] سيأتي تفصيل الفرق بين الفسخ والانفساخ في المطلب الخامس من هذا المبحث بعونه تعالى .

وعلـيه، يمكـن تعريف الانفساخ تعريفاً جامعاً لعناصره بأنه: انحلال ارتباط العقد، وهذا إما أن يكـون بـنفس العقد، وإما بإرادة المتعاقدين، أو بإرادة أحدهما. وهذا هو التعريف الذي اختارته الموسوعة الفقهية [1].

المطلب الثالث

حكم الانفساخ

المـراد مـن بـيان الانفساخ وكل ما يتعلق به هو الوصول إلى حكمه؛ لأن الحكم على الشيء فرع من تصوره.

والأصـل فـي العقـود الصحيحة شرعاً اللزوم لعموم قوله تعالى[2] : "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِـالْعُقُودِ "، والعقـود هـي العهود، قال تعالى[3] :" وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا "، وقال :" وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْـدَ كَانَ مَسْئُولاً "[4]، ووجه الدلالة من هذه الآيات أنَّ الله تعالى أوجب الوفاء بالعقود مطلقاً، وكذلك العهود، والعقد عهد؛ لأنه يتضمن تعهداً بالوفاء بما أوجبه كل من العاقدين على نفسه من الـتزام نحو الآخر، وفي هذا يقول ابن تيمية– رحمه الله– :"فإنما وجب الوفاء بها – أي العقود– لإيجاب الشارع الوفاء بها مطلقاً"[5]، أيضاً لأن آثار العقد التزامات، والالتزامات من طبيعتها أن تكون لازمة، ولأن العقود تعقد لمقاصد وأغراض وإشباع حاجات، فكان لزوم الوفاء بها من تمام مقصودها[6].

---

[1] الموسوعة الفقهية الكويتية، ج٧/ ص٢٤.

[2] سورة المائدة : آية رقم (١).

[3] سورة الأنعام : آية رقم (١٥٢).

[4] سورة الإسراء : آية رقم (٣٤).

[5] ابن تيمية : أحمد بن تيمية : مجموع الفتاوى ج٢٩/ ص١٥٤، جمع وترتيب: المرحوم عبد الرحمن بن قاسم، الناشر: دار إحياء الكتب العربية – فيصل البابي الحلبي .

[6] أبو زهرة : الملكية ونظرية العقد ص٣٨٠.

وإذا كـــان الأصل في العقود اللزوم فإنه يجب تنفيذ العقد في كل ما اشتمل عليه نطاقه، ومـــن هنا قيل : العقد شريعة المتعاقدين، يستثنى من ذلك إذا كان العقد غير لازم بطبيعته كعقد العاريّة والوديعة ونحوها، أو كان فيه خيار[1] لأحد العاقدين.

وقـــد يرد الانفساخ على العقود، ويكون إما واجباً أو جائزاً، فيجب الانفساخ مراعاة لحق الشـــرع، واحـــتراماً لضـــوابطه أو شرائطه التي قررها في العقود، وحماية للمصلحة العامة أو الخاصـــة، ودفعـــاً للضرر، ومنعاً للمنازعات والخصومات التي قد تحدث بسبب مخالفة الشروط الشـــرعية[2]، وذلـــك إذا تعذر الاستمرار في العقد لفقدانه ما يعتمد عليه بقاؤه، أو استحال تنفيذ مقتضـــاه، كهلاك المعقود عليه قبل القبض، وغير ذلك من الأسباب التي سيأتي تفصيلها وبيانها في الفصل التالي بعونه تعالى.

ويجـــوز الانفســـاخ إذا كان بإرادة أحد العاقدين كالفسخ في العقود غير اللازمة بطبيعتها كعقد العاريّة مثلاً، أو ما يكون فيه أحد الخيارات، أو بالتراضي– الإقالة[3]– على ما سيأتي بيانه في محلّه إن شاء الله تعالى .

المطلب الرابع

ألفاظ ذات علاقة بالانفساخ

وردت فـــي كتـــب الفقه الإسلامي كلمات تفيد معنى الانفساخ، وهي ذات صلة وثيقة به وإن لم تكن مرادفة له، منها :

---

[1] الخيار : هو حق العاقد في فسخ العقد أو إمضائه، وسيأتي تعريفه مفصلاً في المبحث الأول من الفصل الثاني من هذا البحث.

[2] الموسوعة الفقهية الكويتية ج٣٢/ ص١٣٣.

[3] تعـــريف الإقالة باختصار هنا : رفع العقد باتفاق العاقدين، انظر حاشية ابن عابدين ج٥/ ص١١٩ فما بعدها، وللتوسع في التعريف ينظر ص٦٣ فما بعدها من هذا البحث .

أولاً : الانــتهاء : والانتهاء في اللغة مصدر انتهى، وانتهى الأمر والشي أي : بلغ نهايته، وهي أقصى ما يمكن أن يبلغه [1].

وانــتهاء العقد معناه : بلوغه نهايته، وهذا إنما يكون بتمام المعقود عليه، كالاستئجار لأداء عمل فأتمه الأجير، وكالتوكيل على عمل فأتمه الوكيل، وكذلك الحال في الجُعالة[2] إذا فرغ العامل من العمــل فإن العقد ينتهي لتمام المعقود عليه (العمل). أو بانقضاء مدة العقد؛ لأن الثابت إلى غاية ينتهــي عند وجود الغاية[3]، ويظهر هذا جلياً في العقود المستمرة التي يكون الزمن فيها عنصراً أساســياً في تنفيذها، كالإجارة فإنها تنتهي بانقضاء مدتها، كما لو استأجر شخص داراً أو أرضاً لمــدة معينة فإذا انقضت المدة انتهى العقد[4]، وكذا الوكالة المؤقتة، جاء في المبسوط :"ولو وكله بقــبض الوديعــة وقــال : اقبضها اليوم ففي القياس ليس له أن يقبضها غداً؛ لأن الوكالة تتوقت بالتوقيت، فإذا وقتها باليوم انتهت الوكالة بمضي اليوم "[5].

---

[1] ابن منظور : لسان العرب ج٣/ ص٧٣٤ فما بعدها، مادة (نهي)، فصل النون من باب الياء، الفيومي: المصباح المنير ج٢/ ص٨٦.

[2] الجعالــة : عقد جائز عند جمهور الفقهاء غير الحنفية، فقد عرفها المالكية بأنها: "الإجارة على منفعة يضمن حصولها" انظر : ابن جُزَيّ : محمد بن أحمد بن جزي الكلبي ت(٧٤١هـ) : القوانين الفقهية ص١٨٢، الناشر: دار الكتب العلمية – بيروت، وعرفها الشافعية: "التزام عوض معلوم علم عمل معين معلوم أو مجهول بمعين أو مجهول"، انظر: الرملي: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ج٥/ ص٤٦٥، الناشر : مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي – مصر، الطبعة الأخيرة سنة ١٣٨٦هـــ- ١٩٦٧م، وعرفها الحنبلية بأنها : تسمية مال معلوم لمن يعمل للجاعل عملاً مباحاً ولو كان مجهولاً أو لمن يعمل له مدة ولو كانت مجهولة. انظر : البهوتي: منصور بن يونس بن إدريس البهوتي : كشاف القناع عن متن الإقناع ج ٤/ ص٢٠٢ فما بعدها، تحقيق : هلال مصطفى هلال، الناشر: دار الفكر -بيروت، طبعة سنة ١٤٠٢هـ-١٩٨٢م.

[3] الكاســاني: البدائع ج٤ / ص٢٢٣، السرخسي: المبسوط ج١٥/ ص١٦٦، الناشر : دار المعرفة -بيروت، ط(٣) سنة ١٣٩٨هـ -١٩٧٨م.

[4] الكاساني: البدائع ج٤/ ص٢٢٣.

[5] السرخسي : المبسوط ج١٩/ ص٩٠.

وكذلك عقود المضاربة والمساقاة والمزارعة تنتهي بانقضاء مدتها المعينة لها. وكذلك عقد الزواج ينتهي بالطلاق أو بالموت، جاء في المبسوط : "ولأن بالموت تنتهي مدة النكاح، فإن النكاح يعقد للعمر فبمضي مدته ينتهي العقد "[1].

وقال صاحب المبدع :"ولأنه عقد -النكاح- ينتهي بموت أحدهما فاستقر به العوض كانتهاء الإجارة "[2].

ومما سبق، يتحدد الفرق بين الانفساخ والانتهاء في : أن الانفساخ يستعمل في جميع العقود، حتى في عقود المدة قبل نهايتها؛ لأن الانفساخ يحدث بعد انعقاد العقد أو قبل أن يتم تنفيذه، كما في عقد الإجارة، إذ قد تنفسخ قبل انقضاء مدة الإجارة المحددة، بخلاف الانتهاء فإنه لا يكون إلا بتحقق الغرض أو الغاية من العقد، ومن هنا يكون الانفساخ أعم من الانتهاء.

يشار إلى أن بعض الفقهاء يستعمل الانفساخ مكان الانتهاء وبالعكس، ومثاله الفقيه الحنفي الكاساني في البدائع حيث قال[3] :" وأما الذي ينفسخ به عقد المزارعة بعد وجوده فأنواع ... منها : انقضاء مدة المزارعة؛ لأنها إذا انقضت فقد انتهى العقد وهو معنى الانفساخ".

ومن فقهاء الشافعية الرَّملي في نهاية المحتاج وفيه[4]: " وعلم من جوازها -العاريَّة- كالوكالة انفساخها بموت أحد العاقدين .. وحيث انفسخت أو انتهت وجب على المستعير أو ورثته إن مات ردها".

---

[1] السرخسي : المبسوط ج٥/ ص١١٥.

[2] ابن مفلح : أبو اسحق ابراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح الحنبلي : المبدع ج٧/ ص١٦٢، الناشر : المكتب الإسلامي – بيروت، طبعة سنة ١٤٠٠هـ.

[3] انظر: البدائع ج٦/ ص١٨٤.

[4] انظر: البدائع ج٥/ ص١٣٢ .

أقــول: يلاحظ من عبارات الفقهاء السابقة أنّهم يعبرون عن الانفساخ بالانتهاء وبالعكس، فــيما يــتعلق بالعقود الزمنية (المستمرة) إذا انقضت مدتها، ولا مشاحة في الاصطلاح ما دام أن الغرض هو : بيان أن الرابطة العقدية قد انحلت بانقضاء مدة العقد.

وعليه: يستلزم من انتهاء مدة العقد انفساخه، ولا يلزم من انفساخ العقد انتهاء مدته؛ لأن الانفساخ قد يكون قبل انتهاء مدة العقد .

ثانــياً : الــبطلان : الــبطلان في اللغة : مصدر بطل، وبطل الشيء : فسد أو سقط حكمه فهو بــاطل، وبطــلان الشيء : سقوطه، وقولهم ذهب دمه بطلاً أي : هدراً، والإبطال: إفساد الشي وإزالته حقاً كان ذلك الشيء أو باطلاً [1].

والبطلان في اصطلاح الفقهاء يطرأ على كل من العبادات والمعاملات إذا وجد سبب من أسبابه، وبالتالي يختلف تعريفه تبعاً لذلك.

ففــي العبادات : البطلان هو : عدم سقوط القضاء بالفعل، ويترتب عليه كون العبادة غير مجزئة ولا مبرئة للذمة [2].

أما في المعاملات : فهو مختلف فيه بين الحنفية والجمهور، فهو عند الحنفية: تخلف الأحكام عن هذه المعاملات – العقــود– وخروجها عن كــونها أسباباً مفيدة للأحكام، ومن هنا عرّفوا الباطل

---

[1] ابــن مــنظور : لسان العرب ج١/ ص٢٢٧، مادة (بطل)، الزبيدي: تاج العروس ج٧/ ص٢٢٩، الفيومي: المصباح المنير ج١/ ص٧١ فما بعدها.

[2] البخاري : كشف الأسرار ج١/ ص٥٣٠، الغزالي: أبو حامد محمد بن محمد الغزالي ت (٥٠٥هـ) : المستصفى من علم الأصول ج١/ ص٧٥، تحقيق : محمد عبد السلام عبد الشافي، الناشر: دار الكتب العلمية –بيروت، التفتازاني: سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني ت (٧٩٢هـ): شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه ج١/ص٤١١، تحقــيق : الشيخ زكريا عميرات، الناشر: دار الكتب العلمية –بيروت، ط (١) سنة ١٤١٦هـ – ١٩٦٦م، الشاطبي: أبو اسحق ابراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي الشاطبي: الموافقات في أصول الشريعة ج١/ ص٢٩٢، دار المعرفة –بيروت.

وكذلــك عقود المضاربة والمساقاة والمزارعة تنتهي بانقضاء مدتها المعينة لها. وكذلك عقد الزواج ينتهي بالطلاق أو بالموت، جاء في المبسوط : "ولأن بالموت تنتهي مدة النكاح، فإن النكاح يعقد للعمر فبمضي مدته ينتهي العقد "[1].

وقــال صــاحب المــبدع :"ولأنه عقد -النكاح- ينتهي بموت أحدهما فاستقر به العوض كانتهاء الإجارة "[2].

وممــا ســبق، يتحدد الفرق بين الانفساخ والانتهاء في : أن الانفساخ يستعمل في جميع العقــود، حــتى فــي عقود المدة قبل نهايتها؛ لأن الانفساخ يحدث بعد انعقاد العقد أو قبل أن يتم تنفــيذه، كما في عقد الإجارة، إذ قد تنفسخ قبل انقضاء مدة الإجارة المحددة، بخلاف الانتهاء فإنه لا يكون إلا بتحقق الغرض أو الغاية من العقد، ومن هنا يكون الانفساخ أعم من الانتهاء.

يشــار إلــى أن بعــض الفقهاء يستعمل الانفساخ مكان الانتهاء وبالعكس، ومثاله الفقيه الحنفي الكاساني في البدائع حيث قال[3] :" وأما الذي ينفسخ به عقد المزارعة بعد وجوده فأنواع ... منها : انقضاء مدة المزارعة؛ لأنها إذا انقضت فقد انتهى العقد وهو معنى الانفساخ".

ومــن فقهــاء الشافعية الرَّملي في نهاية المحتاج وفيه[4]: " وعلم من جوازها -العاريَّة- كالوكالــة انفســاخها بمــوت أحد العاقدين .. وحيث انفسخت أو انتهت وجب على المستعير أو ورثته إن مات ردها".

---

[1] السرخسي : المبسوط ج٥/ ص١١٥.

[2] ابــن مفلــح : أبــو اســحق ابراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح الحنبلي : المبدع ج٧/ ص١٦٢، الناشر : المكتب الإسلامي - بيروت، طبعة سنة ١٤٠٠هــ.

[3] انظر: البدائع ج٦/ ص١٨٤.

[4] انظر: البدائع ج٥/ ص١٣٢ .

أقـــول: يلاحظ من عبارات الفقهاء السابقة أنّهم يعبرون عن الانفساخ بالانتهاء وبالعكس، فـــيما يـــتعلق بالعقود الزمنية (المستمرة) إذا انقضت مدتها، ولا مشاحَة في الاصطلاح ما دام أن الغرض هو : بيان أن الرابطة العقدية قد انحلت بانقضاء مدة العقد.

وعليه: يستلزم من انتهاء مدة العقد انفساخه، ولا يلزم من انفساخ العقد انتهاء مدته؛ لأن الانفساخ قد يكون قبل انتهاء مدة العقد .

ثانـــياً : الـــبطلان : الـــبطلان في اللغة : مصدر بطل، وبطل الشيء : فسد أو سقط حكمه فهو بـــاطل، وبطـــلان الشيء : سقوطه، وقولهم ذهب دمه بطلاً أي : هدراً، والإبطال: إفساد الشي وإزالته حقاً كان ذلك الشيء أو باطلاً [1].

والبطلان في اصطلاح الفقهاء يطرأ على كل من العبادات والمعاملات إذا وجد سبب من أسبابه، وبالتالي يختلف تعريفه تبعاً لذلك.

ففـــي العبادات : البطلان هو : عدم سقوط القضاء بالفعل، ويترتب عليه كون العبادة غير مجزئة ولا مبرئة للذمة [2].

أما في المعاملات : فهو مختلف فيه بين الحنفية والجمهور، فهو عند الحنفية: تخلف الأحكام عن هذه المعاملات – العقـــود– وخروجها عن كـــونها أسباباً مفيدة للأحكام، ومن هنا عرّفوا الباطل

---

(1) ابـــن مـــنظور : لسان العرب ج١/ ص٢٢٧، مادة (بطل)، الزبيدي: تاج العروس ج٧/ ص٢٢٩، الفيومي: المصباح المنير ج١/ ص٧١ فما بعدها.

(2) البخاري : كشف الأسرار ج١/ ص٥٣٠، الغزالي: أبو حامد محمد بن محمد الغزالي ت (٥٠٥هـ) : المستصفى من علم الأصول ج١/ ص٧٥، تحقيق : محمد عبد السلام عبد الشافي، الناشر: دار الكتب العلمية -بيروت، التفتازاني: سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني ت (٧٩٢هـ): شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه ج١/ص٤١١، تحقـــيق : الشيخ زكريا عميرات، الناشر: دار الكتب العلمية -بيروت، ط (١) سنة ١٤١٦هـ - ١٩٦٦م، الشاطبي: أبو اسحق ابراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي الشاطبي: الموافقات في أصول الشريعة ج١/ ص٢٩٢، دار المعرفة -بيروت.

بأنه : ما لم يكن مشروعاً لا بأصله ولا بوصفه [1].

أمـــا الجمهـــور فقـــد عرّفوا البطلان في المعاملات بأنه: وقوع المعاملة على وجه غير مشروع بأصـــله أو بوصفه أو بهما، وينشأ عنه تخلّف الأحكام عن المعاملات وخروجها عن كونها أسباباً مفيدة للأحكام[2].

وعـــرّفه الشـــيخ الزرقا بأنه: (عدم اكتساب التصرّف وجوده الاعتباري وآثاره في نظر الشارع) [3].

والـــبطلان يـــرادف الفساد في العبادات باتفاق الفقهاء إلا في الحج[4]، أما في المعاملات فالـــبطلان يـــرادف الفساد عند جمهور الفقهاء[5] غير الحنفية وهذا في الجملة، إلاّ أنه في بعض أبواب الفقه يأتي التفريق بين البطلان والفساد كالعارية [6].

أمـــا الحنفـــية فـــإنهم فـــرّقوا بين البطلان والفساد، واعتبروه قسماً ثالثاً مغايراً للصحة والبطلان، ومن ثمّ عرفوا الفاسد بأنه : ما كان مشروعاً بأصله لا بوصفه كما مرّ سابقاً[7].

---

(1) البخاري : كشف الأسرار ج1/ ص530 وما بعدها، ابن أمير الحاج : التقرير والتحبير على تحرير الكمال بن الهمام ج1/ ص329 فما بعدها، الناشر : دار الكتب العلمية -بيروت، ط(2) سنة 1403هـ -1983م، ابن عابدين : حاشية رد المحتار ج5/ ص49.

(2) الآمدي : الإحكام في أصول الأحكام ج1/ ص176، الغزالي: المستصفى ج1/ ص76، 221، التفتازاني: شرح التلويح على التوضيح ج1/ ص411، المطيعي: سلم الوصول شرح نهاية السول ج2/ ص297 فما بعدها، آل تيمية: عبد السلام ابـــن عبد الحليم بن أحمد بن عبد الحليم آل تيمية : المسودة في علم أصول الفقه ص75، تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، الناشر: مطبعة المدني -القاهرة، طبعة سنة 1384هـ -1964م، صالح: محمد أديب صالح: تفسير النصوص في الفقه الإسلامي ج2/ ص408، الناشر: المكتب الإسلامي، ط(2).

(3) المدخل الفقهي ج2/ ص703.

(4) ابن أمير الحاج : التقرير والتحبير ج1/ ص330 -333، ابن نجيم : الأشباه والنظائر ص337 فما بعدها، التفتازاني: شـــرح التلويح ج1/ ص411، السيوطي: الأشباه والنظائر ص361، الزركشي : المنثور ج2/ ص143، المطيعي: سلم الوصول ح2/ ص299، آل تيمية: المسودة ص75.

(5) الآمدي: الإحكام ج1/ ص176، البعلي: القواعد والفوائد الأصولية ص110، آل تيمية : المسودة ص72.

(6) الزركشي : المنثور ج2/ ص143، السيوطي : الأشباه ص361.

(7) انظـــر صفحة 11من هذا البحث. وأصل الخلاف بين الحنفية والجمهور يعود إلى أن مقتضى النهي إذا لم يكن منصباً علـــى ذات الشيء من القول أو الفعل ، بل على وصف ملازم له فإنه يفيد البطلان عند الجمهور، إذ أنهم لم يفرقوا بين=

أما سبب البطلان في المعاملات -العقود- فهو وقوع خلل في أحد أركان ومقومات العقد التي يقوم بها، أو أحد شرائطه التي يطلق عليها اسم شرائط الانعقاد، أو بمعنى آخر مخالفة العقد للأحكام الشرعية التي قدرها الشارع في ناحية جوهرية فيه [1].

ومما سبق، يمكن التفريق بين الانفساخ والبطلان من عدة وجوه:

أولاً : الانفســاخ يرد على المعاملات -العقود- دون العبادات، وهذا هو الأصل فيه، أما البطلان -كما مرّ سابقاً- فإنه يرد على العبادات والمعاملات على حد سواء.

ثانــياً : من حيث السبب : الانفساخ سببه طارئ أي : بعد تمام الانعقاد الصحيح أو بعد البدء في تنفيذه، كهلاك المبيع بعد العقد وقبل التسليم، ومثله هلاك المأجور في الإجارة، أما سبب البطلان فهــو مصاحب لإنشاء العقد وليس طارئاً، وذلك بوقوع خلل أو مخالفة شرعية في ناحية جوهرية فــي العقــد -كمــا مرّ سابقاً- والعقد حينها يكون معدوماً من أصله، وإن كان له وجود من حيث الصــورة، لكن هذا الوجود كعدمه؛ لأن المعدوم شرعاً كالمعدوم حساً، كما لو كان المعقود عليه لــيس بمــال في نظر الشرع، كالميتة والدم، والخنزير، أو صدر العقد من فاقد الأهلية كالصغير غير المميز، أو المجنون وغير ذلك [2].

=الأصل والوصف الملازم له فيما يتعلق بالنهي، خلافاً للحنفية الذين فرّقوا بين الأصل والوصف، وذهبوا إلى أن النهي إذا كان متعلقاً بالأصل فمقتضى النهي البطلان، وأما إذا كان متعلقاً بوصف ملازم له فيبقى الأصل مشروعاً،ويكون مقتضى النهــي هو فساد الوصف وحده، ومن هنا نشأت نظرية "البطلان والفساد"، ولمزيد من التفصيل انظر : المراجع السابقة، وكــتاب : بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله للدكتور : محمد فتحي الدريني، بحث : نظرية البطلان والفساد في أصــول الفقــه المقارن: ج١/ ص١٨٣-٣٤١، الناشر : مؤسسة الرسالة، ط (١) سنة ١٤١٤هـــ- ١٩٩٤م، حيث يعتبر الدريني أول من بحث هذه النظرية بشكل موسع.

[1] ابن عابدين : رد المحتار ج٥/ ص٥٠، الزرقا: المدخل الفقهي ج٢/ ص٧٠٩، الدريني: بحوث مقارنة ج١/ص٢٨٥، الزحيلي : النظريات الفقهية ص٨٤ فما بعدها، شلبي: المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، ص٥٥٢.

[2] الكاساني: بدائع الصنائع ج٤/ ص١٣٧ و١٥٩ ، ج٥/ ص٣٠٥، ابن عابدين: حاشية رد المحتار ج٤/ ص٥٠٨، ج٦/ ص٤٦، الدســوقي: حاشــية الدســوقي ج٣/ ص٥٤، الزرقا: المدخل الفقهي ج١/ ص٥٩٣ و ج٢/ ص٧١٢ فما بعدها، السنهوري: مصادر الحق ج٦ /ص٢٠٢، النظريات الفقهية ص٨٧ فما بعدها، أبو زهرة : الملكية ونظرية العقد ص٣٧٤.

ثالثاً : من حيث الآثار المترتبة : بما أن البطلان يكون معه العقد معدوماً من أصله، فلا حكم له؛ أي لا تترتب عليه الآثار التي وضعها الشارع للعقد الصحيح من نقل الملكية أو الضمان أو غيرهما من الآثار؛ لأن الحكم للموجود ولا وجود لهذا العقد الباطل، أما الانفساخ فالعقد قبله منعقد وموجود ذو أثر شرعي، وبعد الانفساخ إما أن تزول هذه الآثار بأثر رجعي، أي أن الانفساخ ينسحب على التصرفات الماضية، كما في هلاك المبيع قبل التسليم، حيث ينفسخ العقد بأثر رجعي، حيث أن المشتري يرجع على البائع بالثمن إذا سلمه إياه، وإما أن تزول هذه الآثار اعتباراً من وقت الانفساخ، وما مضى فيبقى على حكم التعاقد، كما في انفساخ الإجارة ونحوها من العقود المستمرة[1].

---

[1] المراجع السابقة.

المطلب الخامس

الفرق بين الفسخ والانفساخ

مـــع أن انحلال العقد يشمل كلاً من الفسخ والانفساخ إلاّ أن هناك ثمة فرق بين انحلاله بالفسخ وانحلاله بالانفساخ، وأعرض هذا الفرق بالتفصيل الآتي :

الفسخ في اصطلاح الفقهاء هو : حل ارتباط العقد[1]، وهذا يكون بإرادة أحد العاقدين أو كلـيهما، أو بحكم القاضي فيما لو حصل خلاف بين المتعاقدين، فالفسخ إذن هو عمل المتعاقدين غالباً، أو فعل الحاكم في بعض الأحوال[2].

ويســتعمل الفســخ أحـياناً بمعنى : رفع العقد من الأصل كأن لم يكن[3]، وأحياناً أخرى بمعنى : رفع العقد من حين الفسخ لا من أصله[4]، وذلك تبعاً لسبب الفسخ.

أمـــا الانفساخ -كما ذكر سابقاً – فهو انحلال ارتباط العقد[5]، وهذا يكون بسبب طارئ، خـــارج عن إرادة المتعاقدين، كهلاك محل العقد مثلاً، وغيره مما سيأتي بيانه في محله إن شاء الله تعالى.

فالفرق إذن بين الفسخ والانفساخ يتحدد في سبب نشوء كل منهما، فالأول بسبب إرادي، والثاني بسبب غير إرادي (جبري). ومع ذلك فإن هناك علاقة تربط بين الفسخ والانفساخ؛ وذلك إذا لـــم يكـــن الانفساخ نتيجة لعوامل غير إرادية بل لكونه أثراً للفسخ، فعندئذ تكون العلاقة بين الفســـخ والانفساخ علاقة السبب بالمُسبَّب، تماماً كما إذا فسخ أحد العاقدين عقد البيع بسبب وجود

---

[1] ابن نجيم : الأشباه والنظائر ص٣٣٨، السيوطي الأشباه والنظائر ص٣٦٢.

[2] ابن نجيم : الأشباه ص٣٣٨، القرافي : الفروق ج٣/ ص٤٤٣، الزركشي : المنثور في القواعد ج٢/ ص١٦٩.

[3] الكاساني : بدائع الصنائع ج٥ / ص١٨٢.

[4] حاشية الشرواني ج٥/ ص١١٤، البهوتي : كشاف القناع ج٣/ ص٢٤٣.

[5] انظر ص٢٠ وما بعدها من هذا البحث.

عيب في المبيع مثلاً، فالانفساخ في هذه الحالة أثر ونتيجة للفسخ الذي قام به أحد العاقدين باختياره.

وفي هذا يقول الامام القرافي المالكي[1]: (الفسخ قلب كل واحد من العوضين لصاحبه، والانفساخ انقلاب كل واحد من العوضين لصاحبه، فالأول -أي الفسخ- فعل المتعاقدين أو الحاكم إذا ظفروا بالعقود المحرمة، والثاني - أي الانفساخ- صفة العوضين، فالأول سبب شرعي، والثاني حكم شرعي، فهذان فرعان : فالأول : من جهة الموصوفات، والثاني : من جهة الأسباب والمسببات).

ومثله ما جاء في المنثور للزركشي الشافعي[2]، غير أنه أطلق ولم يقيد الفسخ بالعقود المحرمة؛ لأن الفسخ يمكن أن يقع في العقود غير المحرمة، وذلك طبعاً بإرادة العاقدين كليهما أو أحدهما .

ويلاحظ من كلام القرافي السابق أنّه فرّق بين الفسخ والانفساخ من جهتين :

الجهة الأولى : جهة الموصوفات بحيث أن الانفساخ هو صفة العوضين. كعقد البيع مثلاً إذا فسخه أحد العاقدين أو كليهما، فبموجب هذا الفسخ يرد كل من العوضين لصاحبهما، المبيع للبائع، والثمن للمشتري، ويوصف العوضين عندها بالانفساخ.

والجهة الثانية : جهة الأسباب والمسببات، حيث أنه اعتبر الفسخ سبباً شرعياً، والانفساخ حكماً شرعياً مُسبَّباً عنه، وبذلك يكون الإمام القرافي قد قرر أن العلاقة التي تربط بين الفسخ والانفساخ هي علاقة السببية، وذلك فيما إذا كان الانفساخ نتيجة للفسخ وأثراً له.

---

(1) الفروق ج٣/ ص٤٤٣، الفرق الخامس والتسعون والمائة .

(2) انظر: ج٢/ ص١٦٩.

أمـــا إذا لم يكن الانفساخ نتيجة للفسخ، بل لعوامل خارجة عن إرادة العاقدين، فلا يوجد بين الفسخ والانفساخ علاقة السببية التي قررها الامام القرافي.

وهناك أمثلة كثيرة قرر الفقهاء فيها انفساخ العقد من غير فسخ ومنها :-

أ- اتفــق الفقهــاء علـــى أنـــه إذا تلفت العين المستأجرة انفسخت الإجارة، كما لو انهدمت الدار المستأجرة أو تلفت الدابة المعينة[1].

ب- انفساخ الإجارة بالغصب عند الحنفية [2]والمالكية[3] خلافاً للشافعية[4] والحنبلية[5].

جـ- إذا مات أحد العاقدين في العقود غير اللازمة، كالعاريَّة والوكالة انفسخ العقد [6].

وعليه، يمكن القول : أنّ كل فسخ يستلزمه انفساخ للعقد، لكن لا يلزم من انفساخ العقد فسخه من قبل العاقدين أو أحدهما، وبذلك يكون الانفساخ أعم من الفسخ .

---

(1) الكاســاني : بدائع الصنائع ج٤/ ص٢٢٣، الدردير : أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، الشرح الصغير علــى أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك ج٤/ص ٤٩، تحقيق : د. مصطفى كمال، الناشر : دار المعارف -مصر، طـبعة سنة ١٩٧٤م، الشيرازي : المهذب ج١/ ص٤١٢، ابن قدامة : المغني ج٥/ ص٤٥٣، وانظر تفصيل هذه المسألة ص٨٧ من هذا البحث .

(2) ابن عابدين : حاشية رد المحتار ج٦/ ص١٢.

(3) الدردير : الشرح الصغير ج٤/ ص٥١

(4) الشيرازي : المهذب ج١/ ص٤١٣.

(5) ابن قدامة : المغني ج٥/ ص٤٥٥.

(6) ابــن عابدين : حاشية رد المحتار على الدر المختار ج٥/ ص٥٣٦ و ٦٨٦ ، الرّملي : نهاية المحتاج ج٥/ ص٥٥ و ١٣٢، ابــن قدامـــة : المغني ج٥/ ص١٢٣، البهوتي : كشاف القناع ج٤/ ص١٦٧، وسيأتي تفصيل هذه المسألة لاحقاً، انظر: ص ١١٢ فما بعدها .

المطلب السادس

الفرق بين الانفساخ (انحلال العقد) وانقضاء الالتزام

سـبق تعـريف الالتزام بأنه : كون الشخص مكلفاً بفعلٍ، أو بامتناع عن فعل لمصلحة غيره[1]، وأن الالتزام هو أثر يترتب على العقد، ومن ذلك يتضح أن هناك فرقاً بين انفساخ العقد وانقضاء الالتزام .

فالانفسـاخ : يـؤدي إلى انحلال ارتباط العقد، وهذا يستلزم انقضاء الالتزامات المترتبة على كل من العاقدين بموجب العقد المنفسخ، فانفساخ عقد الإجارة مثلاً يسلتزم منه انقضاء التزام المسـتأجر بدفع الأجرة، والتزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة، وبانفساخ عقدي العاريّة والوديعة أيضاً ينقضي التزام المستعير والوديع بحفظ كل من العاريّة والوديعة، وكذلك الكفالة اذا انفسخت ينقضي التزام الكفيل بأداء الحق المكفول به.

أما انقضاء الالتزام فإنه لا يكون إلا بأحد طريقين [2]:

الطريق الأول : تنفيذ الالتزام، ووصول كل ذي حق إلى حقه، كتقابض المتبايعين المبيع والثمن، وتسـلم المؤجـر الأجرة، والمستأجر العين، وإعادة المرتهن العين المرهونة وأداء الراهن الدين الذي تعلق في ذمته للمرتهن، ورد المستعير العين المعارة وهكذا .

الطـريق الثانـي : سـقوط عهدة التنفيذ، لزوال ما أوجبها، كما في انحلال العقد (انفساخه) فيما يتعلق بالالتزامات العقدية .

وعليه، فإن انقضاء الالتزام لا يستلزم منه انفساخ العقد، والعكس صحيح، أي أن كل انفساخ في العقد تنقضي به التزاماته السابقة.

---

[1] انظر : صفحة ٨ من هذا البحث، وهو للشيخ الزرقا رحمه الله .

[2] الشيخ الزرقا : المدخل الفقهي العام ج١/ ص٦٠٢.

المبحث الثاني

محل الانفساخ (ما يرد عليه الانفساخ)

محـــل الانفســـاخ هو : العقد لا غيره، مهما كان سببه، قال الزركشي: "واعلم أن الفسخ والانفســـاخ إنما يكون في العقود"[1]، وذلك لأن الانفساخ هو : انحلال ارتباط العقد، وهذا المعنى لا يتصور إلا إذا كان هناك ارتباط بين طرفين بواسطة العقد.

وهــذا العقد الذي يرد عليه الانفساخ هو : العقد الصحيح النافذ قبل أن ينفذ أو قبل أن يتم تنفيذه [2].

أما إذا أريد من الانفساخ البطلان والنقض، فيمكن أن يرد على التصرفات التي تنشأ عن إرادة واحـــدة كـــالطلاق مثلاً[3]، كما يستعمل أحياناً في العبادات ويرد على النيات، كانفساخ نية الحـــج بالعمرة عند الحنبلية دون غيرهم، قال صاحب المغني : (وأما من لا هدي معه ممن كان مفرداً أو قارناً فيستحب له إذا طاف وسعى أن يفسخ نيته بالحج، وينوي عمرة ....) [4].

---

(1) المنثور في القواعد ج٢/ ص١٧٢.

(2) السنهوري : مصادر الحق ج٦/ ص٢٠٢.

(3) الكاساني : بدائع الصنائع ج٣/ ص١٨٥ .

(4) ابـــن قدامـــة : المغني ج٣/ ص٣٩٩ فما بعدها، انظر: في تفصيل مسألة انفساخ نية الحج بالعمرة وما ورد فيها من الأدلـــة : ابـــن الهمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام ج٢/ص٤٦٣ فما بعدها، الناشر: مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي -مصر، ط(١) سنة ١٣٨٩هـ-١٩٧٠م، ابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج ١/ص٣٣٣، الناشر: دار الكتب العلمية – بيروت، النووي: محي الدين بن شرف النووي ت (٦٧٦هـ): المجموع شرح المهذب، الناشر: المكتبة السلفية – المدينة المنورة.

الفصل الثاني

أسباب الانفساخ

ويشتمل على ثلاثة مباحث :-

المبحث الأول : الأسباب الاختيارية للانفساخ، وفيه مطلبان :

المطلب الأول : الفسخ

المطلب الثاني : الإقالة

المبحث الثاني : الأسباب غير الاختيارية للانفساخ، وفيه خمسة مطالب :-

المطلب الأول : تلف المعقود عليه

المطلب الثاني : موت أحد العاقدين أو كليهما

المطلب الثالث : غصب المعقود عليه

المطلب الرابع : انتهاء مدة العقد

المطلب الخامس : الأعذار أو الحوادث الطارئة

المبحث الثالث : تغير الأهلية وأثره في انفساخ العقود

الفصل الثاني

أسباب الانفساخ

تمهيد :

انفســـاخ العقــد إما أن يكون اختيارياً أو ضرورياً (إجبارياً)، والأول إما أن يكون بإرادة أحــد العاقدين ويسمى في اصطلاح الفقهاء فسخاً، وإما أن يكون بإرادة كليهما واتفاقهما ويسمى إقالـــة، وعــندئذ يكــون الانفســـاخ نتيجة حتمية للفسخ الذي مارسه كل من العاقدين أو أحدهما باختياره وإرادته.

والثاني : أي الانفساخ الضروري، إنما يكون لعوامل خارجة عن إرادة كل من العاقدين كما سيأتي قريباً بعونه تعالى .

يقــول الإمـــام الكاساني في معرض بيانه لأسباب انفساخ العقد [1]: (فما ينفسخ به العقد نوعـــان: اختـــياري وضروري، فالاختياري هو أن يقول: فسخت العقد أو نقضته أو رددته، وما يجري هذا المجرى، والضروري أن يهلك المبيع قبل القبض).

هـــذا أيضـــاً ما أكده ابن رجب الحنبلي في قواعده حيث قال[2]: (وأما الفسوخ فترد على المعدوم حكماً أو اختياراً على الصحيح).

هـــذا وقــد خصَّصـــت المبحـــث الأول من هذا الفصل للحديث عن الأسباب الاختيارية للانفساخ، والمبحث الذي يليه عن أسبابه الإجبارية.

---

(1) بدائع الصنائع ج٥/ ص٢٩٨.

(2) ابن رجب: الحافظ أبو الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي ت(٧٩٥هـ): القواعد في الفقه الاسلامي، ص١٠٧ القاعدة التاسعة والخمسون، الناشر: دار المعرفة -بيروت.

المبحث الأول

الأسباب الاختيارية للانفساخ

المطلب الأول

الفسخ

مرَّ سابقاً تعريف الفسخ بأنه : حل ارتباط العقد بالإرادة، وهذا يكون لأسباب منها [1]:

١- أن يكون العقد غير لازم بطبيعته كعقد الوكالة والشركة والعارية ونحوها.

٢- أن يكـون فـي العقـد أحد الخيارات كخيار الشرط والعيب مثلاً كما سيأتي تفصيله لاحقاً.

٣- بسبب الفساد عند القائلين به .

وفيما يلي بيان لهذه الأسباب موزعة على ثلاثة أفرع :

الفرع الأول

عدم لزوم العقد بطبيعته

كنـت قـد ذكرت في تقسيم العقود من حيث اللزوم وعدمه : أن هناك طائفة من العقود تكـون غـير لازمـة بطبيعـتها، وعـدم اللزوم هذا إما أن يكون بحق أحد العاقدين أو كليهما، وبموجـب ذلـك يحـق لأحد العاقدين أو لكليهما حسب طبيعة العقد أن يفسخه، دون توقف على

---

(١) يـنظر فـي أسـباب الفسخ : ابن نجيم : الأشباه والنظائر، ص٣٣٨، الكاساني: بدائع الصنائع ج٥/ص٢٩٩-٣٠٠، الشـرواني: حواشي الشرواني ج٤/ ص٣٩٢، السيوطي: الأشباه والنظائر ص٣٦٢، السنهوري : مصادر الحق ج٦/ص ٢٠٤.

رضـــا الطرف الآخر وإرادته، كالرهن والكفالة والوديعة والوكالة والشركة والمضاربة والعاريَّة وغيرها[1].

والحكمـــة مـــن عـــدم لزوم تلك العقود هي: نفي الضرر عن المتعاقدين؛ لأنه قد تظهر أمارتـــه فلا يُلزم بما يتوقع ضرره[2]. وقد فصّل سلطان العلماء العز بن عبد السلام الحكمة في عـــدم لزوم مثل تلك العقود متناولاً كل عقد على حدة، يمثل على ذلك بقوله[3] : (أما الوكالة: فلو لزمت من جانب الوكيل لأدى إلى أن يزهد الوكلاء في الوكالة خوف لزومها فيتعطل عليهم هذا الـــنوع مـــن البر، ولو لزمت من جانب الموكل لتضرر؛ لأنه قد يحتاج إلى الانتفاع بما وكل فيه لجهـــات أخـــرى كـــالأكل والشرب والملبس أو العتق أو السكن أو الوقف وغير ذلك، والشركة: وكالـــة لأنها إن كانت من أحد الجانبين فالتعليل ما ذكرناه، وإن كانت من الجانبين فإن لزمت فقد فـــات على كل واحد منهما المقصودان المذكوران، أما العواري [4]: فلو لزمت لزهد الناس فيها، فـــإن المعـــير قد يحتاج إليها؛ لما من الأغراض، والمستعير قد يزهد فيها دفعاً لمنّة المعير، وأما الودائع: فلو لزمت لتضرر المودع والمستودع، وزهد المستودعون في قبول الودائع).

مسألة : هل يشترط إعلام الطرف الآخر بالفسخ في العقود الجائزة ؟

هذه قضية مختلف فيها بين الفقهاء، وللوقوف على حقيقتها سأتناول عقداً من هذه العقود، وتفصيل ذلك على النحو الآتي :

---

(1) انظر : ص ١٣ من هذا البحث.

(2) القرافي : الذخيرة ج٦/ ص٥٥، الناشر: دار العرب الإسلامي -بيروت، ط(١) سنة ١٩٩٤م.

(3) قواعد الأحكام في مصالح الأنام ج٢/ ص١٤٩ فما بعدها.

(4) العواري : جمع العاريّة، وسيأتي لاحقاً توضيح المقصود بها لغة واصطلاحاً، انظر: ص٤٣ من البحث.

عقد الوكالة :

الوكالة لغة: مشتقة من وكَل، يقال: وكل إليه الأمر أي : فوّضه إليه، والوكالة: التفويض، ووكيل الرجل أي : الذي يقوم بأمره، وتوكل الرجل بالأمر أي : ضمن القيام به، والتوكل : الاعتماد على الغير(١).

أما اصطلاحاً فهي : تفويض شخص ما له فعله، مما يقبل النيابة، إلى غيره، ليفعله في حياته(٢).

والوكالة مشروعة في الكتاب الكريم والسنة الشريفة والإجماع والمعقول:

أما الكتاب، فقوله تعالى:" وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا "(٣)، ووجه الاستدلال: أنه إذا حصل خلاف ونزاع بين الزوجين، ولم يتوافقا، فيُعيّن حكمان يكونان وكيلين عنهما ينظران في الأمر، وهذا النص وإن كان خاصاً بشأن الزوجين فهو عام في مشروعية الوكالة(٤).

وأما السنة، فأحاديث كثيرة منها: ما روي أن النبي ﷺ "وكّل عمرو بن أمية الضمري – رضي الله عنه– في قبول نكاح أم حبيبة رملة بنت أبي سفيان رضي الله عنها"(٥)، و"أنه صلى الله عليه

---

(١) ابن منظور : لسان العرب ج٣/ ص٩٧٧-٩٧٨، مادة (وكل)، الفيومي: المصباح المنير ج٢/ ص٩٢٤، الزيات: أحمد حسن وآخرون: المعجم الوسيط، ج٢/ ص١٠٦٧، الناشر: مطبعة مصر – القاهرة، سنة ١٣٨١هـ –١٩٦١م.

(٢) الشربيني : محمد بن الخطيب الشربيني: مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ج٢/ص٢٨١، تحقيق: محمد خليل عيتاني، الناشر: دار المعرفة – بيروت، ط (١) سنة ١٤١٨هـ – ١٩٩٧م.

(٣) سورة النساء : آية رقم (٣٥).

(٤) الخن : د. مصطفى الخن وآخرون: الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي ج٣/ ص٣١٣، الناشر: دار القلم – دمشق، ط(٢) سنة ١٤١٦هـ – ١٩٩٦م.

(٥) الحديث أخرجه: البيهقي: أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي بن موسى البيهقي ت (٤٥٨هـ): السنن الكبرى، كتاب النكاح، باب الوكالة في النكاح حديث رقم (١٣٥٧٤)، ج٧/ ص١٣٩، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، الناشر: مكتبة دار الباز – مكة المكرمة، طبعة سنة ١٤١٤هـ – ١٩٩٤م، الهيثمي: نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي ت (٨٠٧هـ): مجمع الزوائد ومنبع الفوائد / بتحرير الحافظين العراقي وابن حجر ج٩/ ص٢٥٠، باب مناقب أم حبيبة رضي الله عنها، الناشر: مكتبة القديس –القاهرة، طبعة سنة ١٣٥٣هـ .

وسلم وكل أبا رافع رضي الله عنه في قبول نكاح ميمونة بنت الحارث رضي الله عنها"[1].

وقد أجمع علماء الأمة في كل العصور على جواز الوكالة في الجملة[2].

وأما المعقول: فإن الشخص قد يعجز عن قيامه بمصالحه كلها وحده فدعت الحاجة للوكالة[3].

وعقد الوكالة عقد جائز من الطرفين، فلكل واحد منهما فسخه متى شاء دون توقف على رضا الطرف الآخر، إلاّ أن الفقهاء قد اختلفوا فيما إذا كان يشترط إعلام الطرف الآخر بالفسخ، واختلافهم هذا جاء على قولين :

---

(1) الحديث أخرجه الإمام مالك والشافعي مرسلاً عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن سليمان بن يسار أن رسول ﷺ بعث أبا رافع مولاه ورجلاً من الأنصار فزوجاه ميمونة والنبي ﷺ بالمدينة. انظر: الإمام مالك: مالك بن أنس: الموطأ، كتاب الحج، باب نكاح المحرم،حديث رقم (٦٩)، ج١/ ص٣٤٨، صححه وخرج أحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر: دار إحياء التراث العربي.

والشافعي: أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي ت(٢٠٤هـ): مسند الشافعي، ص١٨٠، الناشر: دار الكتب العلمية – بيروت، ط (١) سنة ١٤٠٠هـ –١٩٨٠م.

وأخرجه أيضاً الإمام أحمد والترمذي والنسائي وابن حبان موصولاً عن سليمان بن يسار عن أبي رافع:" أن رسول الله ﷺ تزوج ميمونة حلالاً (غير محرم)، وبنى بها حلالاً وكنت أنا الرسول بينهما"، انظر: ابن حنبل: أبو عبد الله احمد ابن حنبل: المسند وبهامشه منتخب كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال، ج٦/ ص٣٩٢، كتاب النكاح، الناشر: دار الفكر، ط (٢) سنة ١٣٩٨هـ – ١٩٧٨م. والترمذي : أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي السلمي ت (٢٧٩هـ): سنن الترمذي، كتاب الحج، باب ما جاء في كراهية تزويج المحرم، حديث رقم (٨٤١) ج٣/ ص٢٠٠ وقال : حديث حسن، تحقيق: أحمد محمد شاكر وآخرون، الناشر: دار إحياء التراث العربي -بيروت، والنسائي: أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي ت (٣٠٣هـ): السنن الكبرى، كتاب مناسك الحج، باب ذكر الاختلاف في تزويج ميمونة، حديث رقم (٥٤٠٢)، ج٣/ ص ٢٨٨، تحقيق: د. عبد الغفار سليمان البنداري وسيد كسروي حسن، الناشر: دار الكتب العلمية – بيروت، ط(١) سنة ١٤١١هـ –١٩٩١م، وابن حبّان : أبو حاتم محمد بن حبان بن أحمد التميمي البستي ت(٣٥٤هـ): صحيح ابن حبان، ج٩ /ص٤٤٢، حديث رقم (٤١٣٥)، تحقيق: شعيب الأرناؤوط، الناشر: مؤسسة الرسالة – بيروت، طبعة سنة ١٤١٤هـ– ١٩٩٣م. وهذا الحديث أعلّه ابن عبد البرّ بلا انقطاع بين سليمان بن يسار وأبي رافع لأنه لم يسمع منه، ورجح ابن القطان اتصاله. انظر: الشوكاني : محمد بن علي بن محمد الشوكاني ت (١٢٥٥هـ): نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار ج٥/ ص٨١ و ٤/٦، الناشر: دار الجيل- بيروت، طبعة سنة ١٩٧٣م.

(2) الشربيني : مغني المحتاج ج٢/ ص٢٨١، ابن قدامة: المغني ج٥/ ص٨٧.

(3) المصدران السابقان .

القــول الأول : للإمـــام أبـــي حنـــيفة[1]، وأحــد القولين في مذهب الإمام مالك[2]، وقول للإمام الشافعي[3]، والإمام أحمد في إحدى الروايتين عنه[4]، وابن حزم الظاهري[5].

يشـــترط علـــم الوكيل بعزله من قبل الموكل، وعلم الموكل بعزل الوكيل نفسه، واحتجوا لقولهم بما يلي:

١- إن العزل فسخ للعقد فلا يلزم حكمه إلا بعد العلم به كالفسخ.

٢- لــو انعزل الوكيل بدون علمه فإنه يتضرر؛ لأنه قد يتصرف -بموجب عقد الوكالة- تصرفاً يوجب عليه الضمان بدفع الثمن وتملك المبيع مثلاً، وإنه ضرر به.

٣- عقــد الوكالة قد تم بالموكل والوكيل، وقد تعلق به حق كل واحد منهما، ففي فسخه بدون علم أحدهما إضرار به.

القول الثاني : القول الثاني في مذهب الإمام مالك[6]، والمشهور في مذهب الشافعي[7]، والرواية الثانــية عن الإمام أحمد وهي الصحيح من المذهب[8]: لا يشترط الإعلام؛ لأن العقود الجائزة لا تحــتاج إلى رضا الطرف الآخر بالفسخ فلا تحتاج إلى علمه كالطلاق، فللموكل عزل وكيله متى شاء، وللوكيل عزل نفسه أيضاً، ويبقى ما في يده أمانة.

---

(١) الكاساني: بدائع الصنائع ج٦/ ص٣٧، ابن نجيم: البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج٧/ ص١٨٧، الناشر: دار المعرفة – بـيروت، الموصــلي: أبــو الفضل عبد الله بن محمود بن مودود بن محمود الموصلي ت (٦٨٣هـ): الاختيار لتعليل المخـــتار، ج٢/ ص٢٦٤، تحقــيق: محمد محي الدين عبد الحميد، الناشر:مكتبة الجامعة الأزهرية -القاهرة، ط(٢) سنة ١٣٧٢هـ.

(٢) المواق : أبو عبد الله محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري الشهير بالمواق ت (٨٩٧هـ): التاج والإكليل لمختصر خليل ج٥/ص٢١٥، الناشر: الفكر – بيروت، ط (٢) سنة ١٣٩٨هـ.

(٣) الشيرازي : المهذب ج١/ ص٣٦٤، الشربيني: مغني المحتاج ج٢/ ص٣٠٠.

(٤) ابن تيمية : الفتاوى ج٣٠/ ص٦١، ابن قدامة ج٥/ ص١٢٣.

(٥) ابن حزم: المحلّى ج٩/ ص٢٤٦، تحقيق: لجنة إحياء التراث العربي، الناشر: دار الآفاق الجديدة – بيروت.

(٦) المواق : التاج والإكليل ج٥/ ص٢١٥.

(٧) الشيرازي: المهذب ج١/ ص٣٦٤.

(٨) ابن تيمية : الفتاوى ج٣٠/ ص٦١، ابن قدامة : المغني ج٥/ ص١٢٣.

الترجيــح :

بعــد النظر في أقوال العلماء أميل في هذه المسألة إلى ما ذهب إليه أصحاب القول الأول مــن أنــه : ينبغــي إعلام الطرف الآخر بالفسخ في العقود الجائزة؛ نفياً للضرر الذي قد يلحق بالمتعاقدين أو أحدهما.

وفي عقد الشركة والمضاربة[1] أيضاً يشترط العلم بالفسخ كالوكالة عند الحنفية[2]، خلافاً للشافعية[3] والحنبلية[4].

هــذا وقد يعرض للعقود الجائزة ما يجعلها لازمة، وذلك إذا تعلق بها حق الغير، وترتب علــى فسخها ضررٌ بالطرف الآخر، فعندئذٍ يُمنع فسخها وتصبير لازمة[5]، ويمثل على ذلك بما يلي:

أولاً: الوكالة ببيع الرهن: فإذا رهن شخص عند آخر عيناً مقابل دين، ثم وكَل (الراهن) شخصـــاً- المرتهن أو غيره – على أن يبيع هذه العين المرهونة لسداد ذلك الدين، فإن الوكالة – وهـــي عقد جائز بين الطرفين – تصبح لازمة، فليس للموكل (الراهن) عزل الوكيل (المرتهن أو

---

(1) سيأتي لاحقاً توضيح المقصود بكل من هذين العقدين بعون الله تعالى.

(2) الكاساني: بدائع الصنائع ج٦/ ص٧٧، الغنيمي: عبد الغني الغنيمي الدمشقي : اللباب في شرح الكتاب ج٢/ ص١٣٥، الناشر: المكتبة العلمية – بيروت، طبعة سنة ١٤١٣هـــ -١٩٩٣م.

(3) الشربيني : مغني المحتاج ج٢/ ص٢٧٩، الرملي : نهاية المحتاج ج٥/ ص٢٣٨.

(4) البهوتي : كشاف القناع ج٣/ ص٤٧١، ٥٠٦، المرداوي: أبو الحسين علي بن سليمان ابن أحمد المرداوي السّعدي ت (٨٨٥هـــ) : الإنصـــاف في معرفة الراجح بن الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ج٥/ ص٣٣٧، تحقيق: محمد حسن اسماعيل الشافعي، الناشر: دار الكتب العلمية – بيروت، ط(١) سنة ١٤١٨هـــ -١٩٩٧م .

(5) ابـــن عابديـــن: رد المحـــتار ج٥/ ص٥٣٦ و ج٧/ص٣٨١، الحطـــاب: أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب ت (٩٥٤هـــ): مواهب الجليل شرح مختصر خليل ج٥/ ص١٨٧، الناشر: دار الفكر -بيروت، ط (٢) سنة ١٣٩٨هـــ، الزركشي: المنثور ج٢/ ص١٢٥، ابن رجب: القواعد ص ١١٠، القاعدة ٦٠.

غــيره)، كمــا أنه ليس للوكيل عزل نفسه؛ لتعلق حق صاحب الدين بهذه الوكالة؛ لأنه يريد أخذ حقه ببيع العين، ولأن في عزل الوكيل إبطال حق المرتهن وليس للراهن (الموكل) إبطاله[1].

ثانــياً: عقد العاريّة: والعاريّة لغة : اسم لما يعار، والجمع عواريّ بالتشديد والتخفيف، والمصــدر: إعــارة، وهي مشتقة من التعاور أي : التداول، واعتوَروا الشي وتعوّروه وتعاورُوه أي : تداولوه فيما بينهم، والاستعارة: طلب الإعار[2].

أما في الاصطلاح فهي : إباحة الانتفاع بعين من أعيان المال[3]. وهي مستحبة ومندوب إليها، وقد ثبتت مشروعيتها بالكتاب والسنة والإجماع.

أمــا الكــتاب : فقوله تعالى :" فَوَيْلٌ لِلْمُصَلِّينَ، الَّذِينَ هُمْ عَنْ صَلَاتِهِمْ سَاهُونَ، الَّذِينَ هُمْ يُرَاءُونَ، وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ" [4]، ووجه الاستدلال بالآية : أن الله سبحانه وتعالى قد ذكر أن منع الماعون من صفات المكذبين بيوم الدين، المرائين في أعمالهم والمهددين بالويل – وادٍ في جهنم – يوم القيامة، فدل هذا إلى أن بذل الماعون أمر مشروع، بدليل أن جمهور المفسرين ذكروا أن المراد بالماعون ما يتعاوره الناس بينهم من الفأس والقِدْر والدلو ونحو ذلك [5].

أمــا من السنة : فما رواه أنس رضي الله عنه: أن النبي ﷺ استعار فرساً من أبي طلحة فركبه[6].

---

[1] الموصــلي : ج/ ص١١٠ و ٢٦٤، الحطاب: مواهب الجليل ج٥/١٨٧، الجزيري: عبد الرحمن الجزيري: الفقه على المذاهب الاربعة ج٣/ ص٢٠٦، الناشر : المكتبة التجارية الكبرى – مصر، طبعة (٦).

[2] ابن منظور : لسان العرب ج٢/ ص٩٢٦ فما بعدها مادة (عور)، الفيومي : المصباح المنير ج٢/ ص٥٩٨.

[3] ابن قدامة : المغني ج٥/ ص٢٢٠.

[4] سورة الماعون: رقم الآية (٤-٧).

[5] ابــن كثير: أبو الفداء إسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي ت (٧٧٤هـ): تفسير القرآن العظيم ج٤/ ص٥٥٦، الناشر: دار الفكر –بيروت، طبعة سنة ١٤٠١هـ –١٩٨١م.

[6] الحديث أخرجه البخاري: أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم الجعفي البخاري ت (٢٥٦هـ): صحيح البخاري، كتاب الهبة، باب من استعار من الناس الفرس، حديث رقم (٢٤٨٤)، ج٢/ ص٩٢٦، تحقيق: مصطفى ديب البغا، الناشر: دار ابن كثير – اليمامة– بيروت، ط (٣) سنة ١٤٠٧هـ – ١٩٩٧م.

أما الإجماع : فقد أجمع المسلمون على جواز العاريّة واستحبابها في كل العصور[1].

هــذا وقــد ذهب جمهور الفقهاء من : الحنفية[2]، والشافعية[3]، والحنبلية[4]، إلى أن عقد العاريّــة مــن العقود الجائزة من الطرفين، يحق لكل من المعير والمستعير فسخ العقد متى شاء، فهــي غــير لازمة للطرفين؛ لأن العارية مبرّة من المعير وارتفاق من المستعير، فالإلزام غير لائق بها، على تفصيل بين المذاهب ينظر في محله .

أمــا المالكــية : فالعاريّة عندهم عقد لازم إذا كانت مقيدة بعمل كزراعة أرض أو بمدة كسكنى دارٍ شهراً مثلاً، فتلزم إلى انقضاء ذلك العمل أو الأجل [5].

الفسخ في العقود الجائزة وحاجته إلى القضاء :

الفســخ في العقود الجائزة لا يحتاج إلى حكم الحاكم[6]، ويكون من حينه، دون أن يكون له تأثير رجعي يمسّ التصرفات الماضية، كما لو عزل الموكل وكيله فإن الوكالة تبطل من حين بلوغــه خــبر العزل – عند من يشترط علم الوكيل بالعزل لصحته – وتكون تصرفاته قبل ذلك صحيحة ونافذة، وما بعده باطلة [7].

---

(1) الشربيني : مغني المحتاج ج٢/ ص٣٤٠، ابن قدامة : المغني ج٥/ ص٢٢٠.

(2) الكاساني : بدائع الصنائع ج٦/ ص٢١٦.

(3) الشربيني : مغني المحتاج ج٢/ ص٣٤٨، الخن: الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي ج٣/ ص٢١١.

(4) ابن قدامة : المغني ج٥/ ص٢٢٩.

(5) الخرشــي : أبوعبد الله محمد الخرشي : الخرشي على مختصر سيدي خليل وبهامشه حاشية الشيخ علي العدوي ج٦/ ص١٢٦، الناشر: دار صادر – بيروت، ابن جزي: القوانين الفقهية ص ٢٤٥فما بعدها .

(6) ابن رجب : القواعد، ص ١١٦، القاعدة (٦٣).

(7) المرغينانــي: علــي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني ت (٥٩٣هـ): الهداية شرح بداية المبتدي ج٣/ص١٥٣، الناشر: المكتبة الاسلامية، الطبعة الأخيرة، ابن عبد البر: أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر القرطبي ت (٤٦٣هـ): الكافــي في فقه أهل المدينة المالكي ص٣٩٥، الناشر: دار الكتب العلمية – بيروت، ط (١) سنة ١٤٠٧هـ، الشيرازي : المهذب ج١/ ص٣٦٤، ابن قدامة : المغني ج٥/ ص١٢٣، الزرقا : المدخل الفقهي ج١/ ص٥٣١، ابن حزم: المحلى ج٩/ ص٢٤٦.

الفرع الثاني

الفسخ بسبب أحد الخيارات

العقود غير اللازمة السابق ذكرها هي بطبيعتها كذلك، وهذا استثناء خلاف الأصل؛ لأن القـاعدة الأصـلية فـي العقود – كما ذكر في السابق – أنها لازمة؛ تحصيلاً للمصلحة وترتيباً للمسببات على أسبابها[1]، وعليه فلا يحق لأحد طرفي العقد أو كليهما أن يتحلل مما يترتب عليه من التزامات تجاه الطرف الآخر إلا بالاتفاق والتراضي.

غـير أنّ العقـد وإن كان في أصله لازماً فقد يتخلّف هذا اللزوم عنه، بسبب وجود أحد الخيارات فيه .

أولاً : تعـريف الخَيار لغةً واصطلاحاً [2]: الخيارات في اللغة : جمع خَيار وهو اسم مصدر من الاختـيار وهـو : الاصطفاء والانتقاء، والفعل منهما اختار، يقال : أنت بالخيار وبالمختار أي: اختر ما شئت، وخيّرته بين الشيئين أي : فوَّضت إليه فاختار أحدهما وتخيَّره.

وفـي الاصطلاح : له تعاريف كثيرة لكنها في الغالب تناولت هذا اللفظ مقروناً بلفظ آخر لأنـواع الخـيارات دون أن يقصـد بالـتعريف الخيار بشكل عام، إلا أنه من خلال ذلك يمكن استخلاص تعريف للخيار وهو :" أن يكون الإنسان مخيراً بين تنفيذ العقد وبين فسخه "[3].

وجـاء في الموسوعة الفقهية الكويتية بأنه :"حق العاقد في فسخ العقد أو إمضائه، لظهور مسوغ شرعي أو بمقتضى "اتفاق عقدي" [4].

---

(1) القرافي : الذخيرة ج٦/ ص٥٥.

(2) ابن منظور : لسان العرب ج١/ ص٩٢٦ فما بعدها، مادة (خير)، فصل الخاء من باب الراء، الفيروزآبادي: القاموس المحيط ج٢/ص٢٥ فما بعدها، الزبيدي: تاج العروس ح٣/ ص١٩٤ فما بعدها، الفيومي: المصباح المنير ج١/ ص٩٥٢ فما بعدها.

(3) حيدر : درر الحكام شرح مجلة الأحكام ص٩٦، الناشر: دار الجيل –بيروت.

(4) الموسوعة الفقهية الكويتية ج٢٠/ص٢١.

والحكمة في تشريع الخيارات في الفقه الإسلامي هي: إما للرفق بالمتعاقدين، أو لدفع الضرر الذي قد يلحق بأحدهما، أو للتروي والتأمل فيما يحقق المصلحة للعاقدين، أو للاستيثاق والتأكد من الرضا بينهما، فهي إذن مشروعة لحاجة الناس إليها [١].

ثانياً : طرق ثبوت الخيار : وتثبت الخيارات في العقد بأحد أمرين [٢]:

الأول : إما باشتراط العاقدين واتفاقهما، كخيار الشرط [٣]والتعيين [٤].

الثاني : وإما بتقرير الشارع لمصلحة أحد العاقدين صيانة لحقوقه نتيجة لوجود شائبة أو عيب في رضا أحد المتعاقدين كالإكراه[٥]، والغبن[٦]، والغلط[٧]، وهذا يشمل خيارات كثيرة منها:

---

[١] المرغيناني: الهداية ج٣/ ص٢٧، الزركشي: المنثور ج١/ ص٣٥٥.

[٢] الزرقا : المدخل الفقهي ج١/ص٥٣٤، أبو زهرة : الملكية ونظرية العقد ص٣٨٥، المحمصاني: النظرية العامة ج٢/ ص٤٨٨ فما بعدها.

[٣] خيار الشرط ويسمى خيار التروي عند المالكية والشافعية وهو : ما يثبت بالاشتراط لأحد المتعاقدين أو لكليهما أو لغيرهما من الحق في إمضاء العقد أو فسخه خلال فترة معلومة، وهذا الخيار قال به جمهور الفقهاء: انظر : ابن عابدين : رد المحتار ج٤/ ص٥٦٥، الكشناويّ، الكشناوي: أبو بكر بن حسن الكشناوي: أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه الإمام مالك ج٢/ص٩٥، ضبطه وصححه : محمد عبد السلام شاهين، الناشر : دار الكتب العلمية – بيروت، ط (١) سنة ١٤١٦هـ – ١٩٩٥م. النووي: المجموع شرح المهذب ج٩/ ص١٩٠، البهوتي: الكشاف ج٣/ ص٢٠٢.

[٤] خيار التعيين : هو أن يكون للعاقد الحق في تعيين أحد الأشياء التي وقع العقد على واحد منها شائعاً، خلال مدة معينة، وهذا الخيار قال به الحنفية والمالكية الذين يسمّون العقد المشتمل عليه (بيع الاختيار)، وصورة هذا الخيار : أن يشتري أحد الشيئين أو الثلاثة على أن يعين أياً شاء على أنه بالخيار ثلاثة أيام. انظر : المرغيناني: الهداية ج٣/ ص٣١، ابن عابدين: رد المحتار ج٤/ ص٥٦٥، الدسوقي: حاشية الدسوقي ج٣/ ص١٠٦.

[٥] الإكراه: اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتقي به رضاه أو يفسد به اختياره. انظر : السرخسي: المبسوط ج٢٤/ ص٣٨.

[٦] الغبن هو : أن يكون أحد العوضين مقابلاً بأكثر من قيمته أو بأقل منها. قال الحطاب المالكي: (الغبن عبارة عن بيع السلعة بأكثر مما جرت العادة أن الناس لا يتغابنون بمثله اذا اشتراها كذلك): مواهب الجليل ج٤/ ص٤٦٨-٤٦٩، وقال صاحب المبدع في تعريف الغبن : (أن يبيع ما يساوي عشرة بثمانية أو يشتري ما يساوي ثمانية بعشرة). ج١/ ص١١٠.

[٧] الغلط هو : توهم يتصور فيه العاقد غير الواقع واقعاً، فيحمله ذلك على إبرام عقد ولولا هذا التوهم لما أقدم عليه، كمن اشترى شيئاً يظنه جيداً وهو رديء. انظر : الزرقا: المدخل الفقهي ج١/ ص٤٧٣.

خـــيار الرؤية[1]، وخيار العيب[2]، وينظر في تفصيل هذه الخيارات وأحكامها في مظانها من كتب الفقه.

ثالثاً : الفسخ بالخيار وحاجته إلى القضاء :

والفســخ بســبب الخيار منه : أولاً : ما هو مجمع على أصل الفسخ به دون حاجة إلى قضاء القاضي بل يباشره صاحب الخيار بنفسه دون توقف على رضا الطرف الآخر[3]، كما في الفسخ بخيار الشرط والرؤية [4] والتعيين[5] ــ عند من يثبته ــ ، وخيار العيب قبل القبض [6].

ثانياً : منه ما هو مختلف في أصل الفسخ به لكونه أمراً اجتهادياً، فيتوقف الفسخ به على قضـــاء القاضي[7] ، كما في خـــيار العيب بعد القبـــض عند الحنفـــية [8] خـــلافاً للشـــافعية[9]

---

[1] خيار الرؤية : هو أن يكون للعاقد الذي عقد على شيء معين ولم يره الحق في إمضاء العقد أو فسخه عند رؤيته. وهذا الخيار مختلف في مشروعيته على ثلاثة أقوال :

١- إثبات خيار الرؤية بحكم الشرع دون حاجة للإتفاق عليه وهو مذهب الحنفية.
٢- القول بخيار الرؤية لمن يشترطه في حال العقد على شيء وغائبه وهو ما ذهب إليه المالكية.
٣- نفـــي خـــيار الـــرؤية مطلقـــاً وهو القول الجديد المعتبر في مذهب الشافعية وأشهر الروايتين في مذهب أحمد واختلافهم هذا مبني على اختلافهم في العقد على الشيء الغائب. انظر : المرغيناني: الهداية ج٣/ ص٣٢، ابن عبد البر: الكافي ص٣٢٩، الشيرازي : المهذب ج١/ ص٢٧٠، النووي : المجموع ج٩/ص٢٩٠، ابن قدامة : المغني ج٣/ ص٥٨٠، حيدر: شرح مجلة الأحكام العدلية ص٢٦٨.

[2] خـــيار العيب: هو أن يكون للعاقد الحق في إمضاء العقد، وفسخه إذا وجد عيباً في محل العقد المعين بالتعيين لم يطلع عليه عند التعاقد. والعيب الذي يوجب الخيار هو : ما يوجب نقصان القيمة عادة. وهذا الخيار يسميه البعض خيار النقيصة وقد قال به جمهور الفقهاء دون خلاف انظر: ابن عابدين: رد المحتار ج٥/ ص٣، الكشناوي: أسهل المدارك ج٢/ص٢٨٥ الشـــربيني: مغني المحتاج : ج٢/ ص٦٧ -٧١، المرداوي: الإنصاف ج٤/ ص٣٩٤، شلبي : المدخل في التعريف بالفقه الاسلامي ص٦٠٦.

[3] ابن رجب : القواعد ، ص١١٦، القاعدة (٦٣).

[4] الكاساني : البدائع ج٥/ ص٢٨١، ابن عابدين : رد المحتار ج٤/ ص٦٠٣.

[5] الكاساني : بدائع الصنائع ج٥/ ص٢٨١، ٢٩٩، ابن عابدين : رد المحتار ج٤/ ص٥٨٥، ٥٩٢، ابن جزي: القوانين الفقهية ص١٨٠، الشيرازي: المهذب ج١/ ص٢٦٦، النووي : المجموع ج٩/ ص٢٠٠، ابن قدامة: المغني ج٣/ ص٥٩١.

[6] الكاساني : البدائع ج٥/ ص٢٨١، الشيرازي : المهذب ج١/٢٩١، ابن قدامة : المغني ج٤/ ص١٧٣.

[7] ابن رجب : القواعد ، ص ١١٦، القاعدة (٦٣) .

[8] الكاساني: بدائع الصنائع ج٥ ص٢٨١، ابن عابدين: رد المحتار ج٤/ص٦٠٣.

[9] الشيرازاي: المهذب ج١ ص٢٩١.

والحنبلية[1] الذين ذهبوا إلى أن الرد بالعيب لا يحتاج إلى القضاء سواء قبل القبض أم بعده على اعتبار أن الرد بالعيب هو نوع فسخ فلا تفتقر صحته إلى القضاء أو حتى رضا الطرف الآخر كالطلاق.

أما الحنفية فحجتهم : أن الصفقة قد تمت بالقبض وعليه فلا ينفرد بفسخها أحد العاقدين تماماً كالإقالة حيث أن الفسخ يرفع العقد والعقد لا ينعقد بأحد العاقدين فلا ينفسخ بأحدهما من غير رضا الآخر ومن غير قضاء القاضي بخلاف ما قبل القبض فإن الصفقة ليست بتامة بل تمامها بالقبض فلم تكن هناك حاجة للقضاء.

الترجيح :

الراجح لديّ في هذه المسألة : ما ذهب إليه الحنفية ، خاصة في العيوب التي تحتاج إلى نظر أهل الخبرة ، ويجري فيها الخلاف والتنازع غالباً، فافتقر الفسخ فيها إلى قضاء القاضي منعاً للنزاع والخلاف بين المتعاقدين –والله تعالى أعلم– .

الفرع الثالث

الفسخ بسبب الفساد

أولاً : الفساد في اللغة : الفساد في اللغة: نقيض الصلاح، ويعني في الأصل تغير الشيء عن الحال السليمة، وخروجه عن الاعتدال، ثم استعمل في جميع الأمور الخارجة عن الاستقامة، وفسَدَ الشيء يَفْسُدُ فساداً وفسوداً فهو فاسد وفسيد، يدل عليه ما جاء في قوله تعالى:" وَاللَّهُ لاَ يُحِبُّ الْفَسَادَ "[2]، وقوله : " ظَهَرَ الْفَسَادُ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ "[3] وقوله : "وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ

[1] ابن قدامة: المغني ج٤/ص١٧٣ فما بعدها.
[2] سورة البقرة : آية رقم (٢٠٥).
[3] سورة الروم : آية رقم (٤١).

مِنْ الْمُصْلِحِ" [1]. والمَفْسدة : خلاف المصلحة، وتفاسد القوم : تدابروا وقطعوا الأرحام [2].

يقــول الراغب الأصفهاني: (الفساد خروج الشيء عن الاعتدال، قليلاً كان الخروج عنه أو كثيراً، ويُضادّه الصلاح، ويستعمل ذلك في النفس، والبدن، والأشياء الخارجة عن الاستقامة) [3].

وجاء في البناية شرح الهداية: (يقال: فسد اللحم إذا صار ذا نتنٍ بحيث يمكن الانتفاع به) [4].

ثانــياً : الفســاد فــي الاصطلاح : تقدم أنه لا خلاف بين الفقهاء في أن الفساد مرادف للبطلان في العبادات في الغالب.

أمــا في المعاملات فالفساد مرادف للبطلان أيضاً عند جمهور الفقهاء ــ غير الحنفية ــ فــي الجملة، فكل من الفساد والبطلان يطلق على وقوع الفعل على وجه غير مشروع بأصله أو بوصــفه أو بهمــا، وينشــأ عــنه تخلف الأحكام عن هذا الفعل وخروجه عن كونه أسباباً مفيدة للأحكام[5].

فجمهــور الفقهــاء يقسمون العقد من حيث الصحة وعدمها إلى عقد صحيح وعقد باطل، ويستوي عندهم ما إذا وقع الخلل في ناحية جوهرية أو فرعية في العقد .

قــال خليل في مختصره: (وفسد منهي عنه) [6]، وقد فسَّره الشيخ الدردير بقوله: أي بطل، أي لم يــنعقد، سواء أكان عبادة كصَوم يوم العيد، أم عقداً ... كبيع ما لا يقدر على تسليمه، أو مجهول، لأن النهي يقتضي الفساد) [7].

---

[1] سورة البقرة : آية رقم (٢٢٠).

[2] ابن منظور: لسان العرب ج٢/ ص١٠٩٥. مادة فسد باب الدال فصل الفاء، الفيومي: المصباح المنير ج٢/ ص٦٤٦، الفيروزآبادي: القاموس المحيط ج١/ ص٣٢٣.

[3] المفردات في غريب القرآن ص٤٩ .

[4] العيني: أبو محمد محمود بن أحمد العيني : البناية في شرح الهداية ج٦/ ص٣٧٤، تصحيح : المولوي محمد عمر الشهير بناصر الإسلام الرامفوري، الناشر : دار الفكر، ط(١)، سنة ١٤٠١هـ - ١٩٨١م.

[5] انظر لطفاً : ص١١ و ص٢٨ من هذا البحث.

[6] انظر : الخرشي على مختصر خليل ج٥/ ص٦٧-٦٨.

[7] انظر الشرح الكبير للدردير ج٣/ ص٥٤، مطبوع مع حاشية الدسوقي .

وعلّـــق الدســـوقي على قول خليل بقوله : (أي منهي عن تعاطيه وهذه قضية كلية شاملة للعبادات والمعاملات وهي العقود) [١].

أمـــا الحنفية فقد استعملوا الفساد للدلالة على حالة يعتبرون فيها العقد مختلاً في وصف مـــن أوصـــافه أو شرط من شروط الصحة اختلالاً يجعله في مرتبة بين الصحة والبطلان، قال الكاساني : (وعندنا الفاسد قسم آخر وراء الجائز والباطل) [٢]. فالفساد إذن عندهم يباين البطلان، وقد تقدّم أنهم عرّفوا الفاسد بأنه : ما كان مشروعاً بأصله لا بوصفه[٣].

فمـــنطق الحنفـــية يقـــوم على التفريق بين ما إذا وقعت المخالفة في صلب العقد أو في أوصـــافه، وبذلـــك فإن النتيجة المترتبة ليست واحدة في الحالتين، لأن العقد الذي وقعت المخالفة فـــيه فـــي أوصافه –أي ناحية فرعية– هو عقد مكتمل من حيث الأركان والمقومات وشرائطها، ومن هنا أعطاه الحنفية مرتبة وسطاً بين الصحة والبطلان وهذه المرتبة هي الفساد[٤].

هـــذا وقد عرّف الشيخ الزرقا الفساد تعريفاً يكشف عن حقيقته فقال (هو اختلال في العقد المخالف لنظامه الشرعي في ناحية فرعية متممة، يجعله مستحقاً للفسخ) [٥].

ويتضـــح ممـــا ســـبق أن العقـــد الفاسد عند الحنفية هو منعقد خلافاً للباطل الذي وقعت المخالفـــة فيه في ناحية جوهرية مؤثرة في صلب العقد، ومما يدل على أن العقد الفاسد منعقد أنه يستحق الفسخ، حيث أن فسخ العقد بدون العقد لا يتصور فإذا انعدم العقد انعدم الفسخ[٦].

---

[١] حاشية الدسوقي ج٣/ ص٥٤.

[٢] بدائع الصنائع ج٥/ ص٢٩٩.

[٣] انظر لطفاً : ص١١ من هذا البحث.

[٤] للتوسع في هذه المسألة لطفاً انظر: الزرقا : المدخل الفقهي ج٢/ ص٧٣٠ وأبو زهرة : الملكية ونظرية العقد ص٣٦٩.

[٥] المدخل الفقهي ج٢/ ص٧٣٩.

[٦] ابن نجيم : البحر الرائق ج٦/ ص٦٠.

العلاقة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي للفساد :

لا يخفـــى أن هناك علاقة تربط المعنى اللغوي بالاصطلاحي، وهذه العلاقة تعود إلى أن كلا المعنيين يطلق على ما تغير وصفه مع إمكانية الانتفاع به لأن أصله قد صَلُح.

ثالـــثاً : الحكم التكليفي للإقدام على عقد فاسد : الإقدام على عقد فاسدٍ حرام ويأثم فاعله إذا كـــان المتصرّف عالماً بفساده؛ لأن العقد الفاسد فيه مخالفة شرعية ولو في وصف العقد، فهو عقد مخالف للدين، فتعاطيه حرام، ويجب فسخه –إن أمكن– حقاً لله تعالى رفعاً للفساد؛ لأن فعله معصية، والإصرار على المعصية معصية، فعلى العاقد التوبة منها بفسخ العقد [1].

ويســـتثنى مـــن حكـــم الإقدام على العقد الفاسد حالة الضرورة بناءً على القاعدة الفقهية: (الضـــرورات تبيح المحظورات) [2]، وذلك كمن لم يجد الطعام إلا بزيادة على ثمن المثل فله أن يشتريه شراء فاسداً حتى لا يلزمه أكثر من ثمنه[3].

رابعـــاً : أســـباب الفســـاد : أسباب الفساد عند جمهور الفقهاء غير الحنفية هي أسباب البطلان؛ نظراً لأنهم لا يفرقون بين الفساد والبطلان في المعاملات في الجملة، وقد ذكرت سابقاً أن أســـباب البطلان عندهم ترجع إلى وقوع خلل في أحد أركان العقد ومقوماته التي يقوم بها أو

---

[1] ابن نجيم : البحر الرائق ج٦/ ص٧٤، ٩٩، ابن الهمام : شرح فتح القدير ج٦/ ص٤٠١، الدسوقي: حاشية الدسوقي ج ٣/ ص٥٤، السيوطي : الأشباه والنظائر ص٣٦٢، الزركشي : المنثور ج١/ ص٢١٥، ج٢/ ص١٤٩، الشربيني : مغني المحتاج ج٢/ص٤٠ .

[2] ابن نجيم : الأشباه والنظائر ص٨٥، السيوطي: الأشباه والنظائر ص١١٢، حيدر : درر الحكام،ص٥، المادة (٢١).

[3] الشربيني: مغني المحتاج ج٢/ ص٤٠، الشرواني: حواشي الشرواني ج٤/ ص٢٩١. السيوطي: الأشباه والنظائر ص ٣٦٢.

فـــي أحـد شروط الصحة، أو لورود النهي عن الوصف الملازم للعقد، أو عن الوصف المجاور كما هو عند الحنبلية [١].

يقــول ابــن رشد[٢] : "أسباب الفساد العامة ــ إن وجدت ــ أربعة : أحدها تحريم عين المبـيع، والثانــي : الــربا، والثالث : الضرر، والرابع : الشروط التي تؤدي إلى أحد هذين أو مجموعهما. وهذه الأربعة هي بالحقيقة أصول الفساد".

أمـــا الحنفــية فإنهم قد فرّقوا بين أسباب الفساد وأسباب البطلان على أساس التفريق بين أصـــل العقــد ووصفه، فأسباب البطلان عندهم هي : حدوث خلل في أصل العقد –أي في ناحية جوهــرية فيه – بأن تخلف ركن من أركانه، أو شرط من شرائطه التي يطلق عليها اسم شرائط الانعقاد [٣].

أمـــا أسباب الفساد عندهم فهي ترجع إلى حدوث خلل في وصف من أوصاف العقد دون الأصــل أو فـــي شـــرط من شروط الصحة –وهي كثيرة بعضها يختص في بعض العقود دون بعـــض – أو بمعنى آخر مخالفة العقد لنظامه الشرعي في ناحية فرعية متممة، فهذه المخالفة لا تمـــنع انعقاده؛ لأن الصيغة قد صدرت ممن هو أهل لها والمحل قابل لحكمها شرعاً، لكن لازمه وصـــف منهـــي عـــنه، كما لو تبايع عاقلان مالاً متقوماً بثمن مؤجل إلى أجل مجهول يؤدي إلى النزاع والخلاف [٤].

---

[١] انظـــر : الدسوقي : الحاشية ج٣/ ص٥٤، الشربيني : مغني المحتاج ج٢/ ص٤٠، الرملي: نهاية المحتاج ج٣/٤٤٥، المطيعـــي : نهايـــة الســـول ج٢/ ص٢٩٧ – ٢٩٩، الآمدي : الإحكام ج٢/ ص٢٠٩ –٢١٠، البعلي : القواعد والفوائد الأصولية ص١٩٢، آل تيمية : المسودة ص٧٢–ص٧٦. وانظر أيضاً.

[٢] بداية المجتهد : ج٢/ ص١٢٥.

[٣] الحنفـــية يفرقون بين شرائط الانعقاد وشرائط الصحة، فإذا فقد العقد شرطاً من شرائط الانعقاد ترتب على ذلك بطلان العقد، أما إذا فقد شرطاً من شرائط الصحة فإن العقد يفسد فقط. انظر : الكاساني : البدائع ج٥/ ص١٣٥، ابن عابدين : رد المحتار : ج٣/ ص١٣٥، ج٥/ ص٣٩.

[٤] الزرقا : المدخل الفقهي ج٢/ ص٧٤١، شلبي : المدخل ص٥٥٢، السنهوري : مصادر الحق ج٤/ص١٥٨.

ويمكن تقسيم أسباب الفساد إلى نوعين : خاصة وعامة[١].

فالأســباب الخاصة يرجع في معرفتها إلى شروط صحة كل عقد على حدة عند بحث كل عقد من العقود بشكل تفصيلي، كالمدة لصحة عقد الإجارة[٢]، وخلو عقود المعاوضات المالية من الشــرط المفســد[٣]، وأن يكون المسلم فيه معلوم الجنس والنوع والوصف والأجل وغيرها من الشــروط الخاصة في عقد السَلَم[٤]، وأن تكون العين المرهونة متميزة غير مشاع[٥]، والتقابض في الصرف [٦].

أمــا الأسباب العامة للفساد – عند الحنفية – فيمكن إرجاعها إلى أربعة أسباب رئيسة هي :

أولاً : الجهالــة : وهــي الجهالة الفاحشة المفضية إلى نزاع مشكلٍ بين طرفي العقد[٧]. والنزاع المشــكل هــو الذي يتعذر حسمه لتساوي حجة الطرفين استناداً إلى تلك الجهالة [٨]، كما إذا قال الــبائع للمشــتري : بعــتك شاة من هذا القطيع، فالبيع فاسد لأن الشاة من القطيع مجهولة جهالة مفضية إلى المنازعة لفحش التفاوت بين شاة وشاة [٩].

---

(١) الزرقا : المدخل الفقهي ج٢/ ص٧٤١، الزحيلي : د. محمد : النظريات الفقهية ص١١٢.

(٢) الموصلي : الاختيار ج٢/ ص٨٨.

(٣) الزيلعي : عثمان بن علي الزيلعي : تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ج٤/ ص١٣١، الناشر: دار الكتاب الإسلامي.

(٤) الموصلي : الاختيار ج٢/ ص٥١.

(٥) المصدر السابق : ج٢/ ص٩٨-٩٩.

(٦) المصدر السابق : ج٢/ ص٦٠.

(٧) الكاساني: بدائع الصنائع ج٥/ ص٣٠٠، ابن نجيم: البحر الرائق ج٦/ ص٧٥، ابن الهمام: شرح فتح القدير ج٦/ ص ٤٠٢، الزرقا : المدخل الفقهي ج٢/ ص٧٤٢.

(٨) الزرقا : المدخل الفقهي ج٢/ ص٧٤٢، الزحيلي : د. محمد : النظريات الفقهية ص١١٣.

(٩) الكاساني : بدائع الصنائع ج٥/ ص١٥٦.

والجهالة الفاحشة المفسدة للعقد ترجع إلى أربعة أمور :

أ- الجهالـــة في المعقود عليه (محل العقد) : كجهالة المبيع في عقد البيع[1]، أو العين المستأجرة فـــي عقـــد الإجـــارة[2]، أو المُصالح عنه إذا كان مما يحتاج إلى التسليم في عقد الصلح[3] أو الموهوب في عقد الهبة وهكذا .

ب- الجهالـــة في العوض في عقود المعاوضات المالية : كجهالة الثمن في عقد البيع[4] وجهالة الأجـــرة في عقد الإجارة[5]، وجهالة البدل المُصالح عليه في عقد الصلح إن كان مما يحتاج إلى القبض والتسليم[6] – عند الحنفية.

جـــ- الجهالـــة في الأجل بالنسبة للعقود التي يكون الأجل فيها ملازماً للطرفين: كجهالة المدة المتفق عليها في عقد الإجارة، وجهالة موعد استحقاق الثمن المؤجل في عقد البيع [7].

د- جهالـــة وســـائل التوثيق المشروطة في العقد، كجهالة الكفيل أو الرهن، كما لو اشترط البائع مثلاً على المشتري بالثمن المؤجل تقديم أحدهما[8].

أمـــا الجهالـــة اليسيرة التي لا تؤدي إلى المنازعة فلا تفسد العقد كمن باع جميع ما في بيـــته، أو فـــي صندوقه، وكذا لو وكّل شخص آخر بشراء فرسٍ دون أن يبين نوعه. فإن الوكالة تصح؛ لأن جهالة النوع المحض تعتبر من الجهالة اليسيرة [9].

---

(1) الموصلي : الاختيار ج٢/ ص٦.

(2) الكاساني : البدائع ج٤/ ص٢٠٧.

(3) الكاساني : البدائع ج٦/ ص٤٨، ابن عابدين : رد المحتار ج٣/ ص١٣٥.

(4) الموصلي : الاختيار ج٢/ ص٧.

(5) المرجع السابق ج٢/ ص٧٨.

(6) الكاساني : البدائع ج٦/ ص٤٨.

(7) الزرقا : المدخل الفقهي ج٢/ ص٧٤٣، الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته ج٤/ ص٢٢٨.

(8) الزرقا : المدخل الفقهي ج٢/ ص٧٤٣.

(9) ابن عابدين : رد المحتار ج٤/ ص٥٢٩، ج٥/ ص٥١٥.

ثانياً : الغـــــرر : الغــرر في اللغة [1]: اسم مصدر من التغرير وهو الخَطَر، وغرَّه يغرّه غراً أي : خدعه وأطمعه بالباطل، وغرّته الدنيا غروراً أي : خدعته بزينتها فهي غَرور.

أمـا الغرر في الاصطلاح فقد عرفه الإمام السرخسي بقوله[2]:" الغرر ما يكون مستور العاقبة ". وعرّفه الجرجاني بأنه[3] : " ما يكون مجهول العاقبة لا يدري أيكون أم لا".

والأصل فيه ما ثبت عن رسول الله ﷺ أنه " قد نهى عن بيع الغرر " [4].

والغــرر المفسد للعقد ما كان في أوصافه وجوانبه الفرعية كمن باع بقرة على أن تحلب مقداراً معيناً من الحليب، فالعقد هنا فاسد؛ لأن في وجود هذا الشرط غرراً إذ يحتمل أن لا تحلب هذا المقدار المعين[5]، وفي عقد الشركة إذا اشترط أحد المتعاقدين أن يكون له مقدار محدد من الربح فإن ذلك يعتبر غرراً يفسد العقد، لاحتمال أن لا تربح الشركة غير هذا القدر أو أقل أو قد لا تربح أصلاً، فلا بدّ أن يكون الربح نسبة شائعة معلومة كالنصف أو الثلث ونحوه [6].

---

[1] ابن منظور : لسان العرب ج٢/ ص٩٧١ مادة (غرر).

[2] السرخسي : المبسوط ج١٢/ ص١٩٤.

[3] التعريفات ص ١٦٧.

[4] هذا الحديث أخرجه الامام مسلم وأصحاب السنن الأربعة عن أبي هريرة رضي الله عنه : انظر : مسلم : أبو الحسين مسـلم بن الحجاج القشيري النيسابوري ت (٢٦١هـ) : صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فـيه غرر، حديث رقم (١١٥٣)، ج٣/ ص١١٥٣، تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر : دار إحياء التراث العربي – بـيروت، والترمذي : سنن الترمذي، كتاب البيع، باب ما جاء في كراهية بيع الغرر، حديث رقم (١٢٣٠)، ج٣ص٥٣٢ وأبو داود : سـليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي ت (٢٧٥هـ) : سنن أبي داود، كتاب البيوع، باب في بيع الغرر، حديث رقـم (٣٣٧٦) ، ج٣/ ص٢٥٤، تحقـيق : محمد محي الدين عبد الحميد، الناشر : دار الفكر، والنسائي : سنن النسائي، كتاب البيع، بيع الحصاة، حديث رقم (٤٥١٨)، ج٧/ ص٢٦٢، وابن ماجة: كتاب البيع، باب النهي عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر، حديث (٢١٩٤)، ج٢/ ص٧٣٩، تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي، الناش : دار الفكر –بيروت . وأخرجه أيضاً ابن ماجة عن ابن عباس، حديث رقم (٢١٩٥) ج٢/ ص٣٧٩.

[5] الكاساني : بدائع الصنائع ج٥/ ص١٦٩، حيدر : درر الحكام ص١٦١ المادة (٢١٣) فما بعدها.

[6] الكاساني : البدائع ج٦/ ص٥٩، ٨١.

أمـــا إذا وقــع الغرر في أصل المعقود عليه بأن يكون محتملاً للوجود والعدم فإنه يؤدي إلـــى بطلان العقد كبيع ضربة القانص والغائص[1]، وبيع الحمل في بطن أمه[2]، وكإجارة العبد الشارد[3]، وهبة ما تلده أغنامه السنة[4] ونحو ذلك .

ثالثاً : الإكراه : الإكراه في الاصطلاح هو[5] : "حمل الغير على أمرٍ يمتنع عنه بتخويفٍ يقـــدر الحامل على إيقاعه ويصير الغير خائفاً به ". وعرّفه الجرجاني بأنه :"حمل الغير على ما يكرهه بالوعيد "[6].

وقد اختلف فقهاء الحنفية في أثر الإكراه في العقود على قولين :

الأول : الإكـــراه يـــؤدي إلى فساد العقود لا إبطالها، ويترتب عليها ما على العقد الفاسد حســـب مـــا هو مقرر في المذهب الحنفي من استحقاق الفسخ، ونقل الملكية بالقبض وغيره مما سيأتي لاحقاً، وهذا قول أبي حنيفة وصاحبيه [7].

---

[1] ابن عابدين ج٥/ ص٦٤-٦٥، الكاساني : البدائع ج٥/ ص١٦٣، ابن الهمام : شرح فتح القدير ج٦/ ص٢٠٢، الزرقا : المدخل الفقهي العام ج٢/ ص٧٤٥.

[2] الكاساني : البدائع ج٥/ ص١٣٨، ابن نجيم : البحر الرائق ج٦/ ص٨٠.

[3] الكاساني : البدائع ج٤/ ص١٨٧.

[4] الكاساني : البدائع ج٦/ ص١١٩.

[5] البزدوي : كشف الأسرار ج٤/ ص٦٣١.

[6] الجرجاني : التعريفات ص ٣٤.

ويقســم الحنفــية الإكراه إلى قسمين : أحدهما ملجئ والآخر غير ملجئ، فالإكراه الملجئ هو الذي يكون بالتهديد بإتلاف الــنفس أو عضو منها أو بإتلاف جميع المال، أو بقتل من يهم الانسان أمره وهذا القسم يعدم الرضى ويفسد الاختيار. أما الإكراه غير الملجئ (القاصر) وهو الذي يكون بما لا يفوت النفس أو بعض الأعضاء، كالحبس لمدة قصيرة، والضرب، أو تلف بعض الأعضاء وحكمه أن يعدم الرضى ولا يفسد الاختيار ، انظر : ابن نجيم : البحر الرائق ج٨/ ص٧٩، حاشية رد المحتار ج٣/ص٦٥١، ج٦/ ص١٢٨-١٣٠، باشا: مرشد الحيران ص٥٤، المادة (٢٨٦).

[7] الكاساني : البدائع ج٧/ ص١٨٦، ابن نجيم : البحر الرائق ج٨/ ص٨٠-٨١.

وحجـــتهم في ذلك : أن الإكراه يعدم الرضى فقط – لا الاختيار – وهو ليس ركناً من أركان العقــد ولا شــرطاً مــن شروط انعقاده، وإنما هو شرط من شروط الصحة، فإذا فقد ترتب على فقدانه فساد العقد لا بطلانه، واستثنوا من ذلك عقد الزواج مع الإكراه فقد قالوا بصحته [1].

القــول الثانـــي : أن الإكــراه يجعل العقد صحيحاً موقوفاً على إجازة المُكرَه فإن أجازه أصبح العقد نافذاً ولازماً سواء تم القبض أم لم يتم. وهذا قول زفر من أصحاب أبي حنيفة.

واحـــتج زفــر بأن عقد المُكرَه يقبل الإجازة بعد زوال الإكراه. وهذا يدل على التوقف لا الفساد؛ لأن العقد الفاسد يحتمل الجواز بالإجازة [2].

رابعاً : الشرط الفاسد : هو الشرط الذي لا يقتضيه العقد ولا يلائم مقتضاه، ولم يرد في الشـــرع دلـــيل جـــوازه، ولـــم يجر عليه التعامل بين الناس، وكان فيه منفعة لأحد المتعاقدين أو للمعقود عليه من أهل الاستحقاق [3].

والأصل فيه ما ثبت عن رسول الله ﷺ أنه "نهى عن بيع وشرط " [4].

---

[1] الكاساني : البدائع ج ٧/ ص١٨٤.

[2] الكاساني : بدائع الصنائع ج٧/ ص١٨٦.

[3] الزيلعي: تبيين الحقائق ج٤/ ص١٣١، ابن عابدين : رد المحتار ج٥/ ص١٦٩، ج٥/ ص٨٤-٨٦، الكاساني : البدائع ج٥/١٦٩، ابن نجيم: البحر الرائق ج٦/ص١٩٤. والشرط الفاسد قسمان : أحدهما يفسد العقد وضابطه ما ذكر . والقسم الثاني يكون الشرط فاسداً في نفسه ولا يؤثر في العقد فيبقى العقد صحيحاً ويلغو الشرط وحده، كما لو اشترى ثوباً على أن لا يبيعه المشتري ولا يهبه، فهذا شرط فاسد لا يؤثر في صلب العقد، انظر : ابن عابدين : رد المحتار ج٥/ ص٨٦.

[4] الحديث رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وقد أخرجه: الخطابي: أبو سليمان حمد بن محمد الخطابي البُستي ت (٣٨٨هـ) : معالم السنن شرح سنن أبي داود، كتاب البيوع، باب شرط في بيع، ج٣/ ص١٢٤، خرج آياته ورقم كتبه : عـبد السلام عبد الشافي محمد، الناشر : دار الكتب العلمية – بيروت، ط (١) سنة ١٤١١هـ -١٩٩١م، وأخرجه أيضاً الحاكم والطبراني، وابن حزم، وقد استغربه النووي، وابن أبي الفوارس .انظر : الشوكاني : نيل الأوطار ج٥/ ص٢٨٣. وقال ابن حجر العسقلاني : "حديث النهي عن بيع وشرط في إسناده مقال، وهو قابل للتأويل" انظر: العسقلاني: أبو الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ت (٨٥٢هـ): فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ج٥/٣١٥، تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي ومحب الدين الخطيب، الناشر : دار المعرفة – بيروت، طبعة سنة ١٣٧٩هـ.

والعقــود التـــي تفسد بالشرط الفاسد هي عقود المعاوضات المالية؛ لأن هذا الشرط فيه منفعة لأحد العاقدين بدون عوض أو مقابلٍ فتكون كالربا وهو الفضل الخالي عن العوض، والعقد الذي فيه ربا أو شبهة الربا فاسد[1].

ومن أمثلة عقود المعاوضات المالية التي تفسد بالشرط الفاسد [2]:

١- عقد البيع : كمن باع عبداً وشرط استخدامه شهراً .

٢- عقد الإجارة : كما إذا اشترط المؤجر على المستأجر أن يُهدي إليه.

٣- عقــد الصلح عن مال : كما إذا قال المُصالح في عقد الصلح للمصالح : صالحتك على أن تسكنني في الدار سنة.

٤- عقد المزارعة : كأن يقول صاحب الزرع للمزارع : زارعتك أرضي على أن تقرضني كذا .

٥- عقــد المســاقاة : كما قال صاحب الشجر للساقي : ساقيتك شجري أو كرمي بشرط أن تقرضني مقداراً من المال.

أمــا عقود المعاوضات غير المالية كالنكاح والطلاق على مال، وعقود التبرعات كالقرض، والهــبة، والوصــية، أو عقود التوثيقات كالكفالة والحوالة والرهن، أو عقود الإسقاطات المحضة مثل الطلاق، أو عقود الإطلاقات كالوكالة، فلا يؤثر فيها الشرط الفاسد؛ لأنه من قبيل الربا، ولا

---

(١) الزيلعي : تبيين الحقائق ج٤/ ص١٣١، المرغيناني : الهداية ج٣/ ص٤٩، ابن نجيم : البحر الرائق ج٦/ ص١٩٤.

(٢) ابن عابدين: رد المحتار ج٥/ ص١٦٩. الزيلعي: تبيين الحقائق ج٤/ص١٣١ فما بعدها، ابن نجيم: البحر الرائق ج٦ /ص١٩٤.

يتصـــور ذلك في غير المعاوضات المالية، فيلغو الشرط وحده، ويبقى العقد صحيحاً تترتب عليه آثاره المقررة شرعاً [1].

خامســاً : آثار الفساد : كنت قد قدمت سابقاً أن العقد الفاسد منعقد، لأنه فائت الوصف دون الأصـــل بدليل أنه مستحق للفسخ، إذ لو لم يكن كذلك لما كان هناك حاجة للفسخ، وفي هذا دليل علـــى أن للعقـــد الفاســـد وجوداً شرعياً كما أن له وجوداً مادياً حسياً. وبما أنه منعقد فلا بد وأن يترتب عليه أثراً أو نتيجة؛ لأن العقد الباطل هو الذي لا يترتب عليه أثره .

هـــذا وقـــد أعطـــى فقهـــاء الحنفية العقد الفاسد مرتبةً وسطاً بين الصحة والبطلان فلا هو بالصـــحيح المكتمل الأركان والشرائط فيترتب عليه جميع آثاره المقررة شرعاً، ولا هو بالباطل غـــير المنعقد فلا يترتب عليه أثره أصلاً، وعليه يمكن القول أن العقد الفاسد يترتب عليه نتيجتان أساسيتان هما :

أولاً : ترتب الحكم على العقد الفاسد :

الأصـــل في العقد الفاسد أنه لا يترتب عليه حكم أو أثر قبل القبض من انتقال الملكية، وقيام كـــل طـــرف في العقد بما يترتب عليه من التزامات قد نشأت عن العقد؛ لأنه عقد مخالف للدين فوجب فسخه رفعاً للفساد، وفي وجوب الملك قبل القبض تقرير للفساد [2].

إلاّ أنّ العقـــد الفاسد قد يترتب عليه بعض آثار العقد الصحيح – لا بمجرد العقد بل بمقتضى انعقاده – وذلك إذا اتصل به القبض أو التسليم، ومن هذه الآثار انتقال ملكية العـــوضين في عقد

---

[1] الزيلعـــي : تبيين الحقائق ج٤/ ص١٣١-١٣٣، المرغيناني : الهداية ج٣/ ص٢٣٠ ، ج٣/ ص٤٩، ابن نجيم : البحر الرائق ج٦/ ص١٩٤، باشا: مرشد الحيران ، ص٦٢ فما بعدها المادة (٣٢٣-٣٢٦).

[2] الكاســـاني : بدائع الصنائع ج٥/ ص٣٠٤، ابن نجيم : البحر الرائق ج٦/ ص٩٩، ابن الهمام : شرح فتح القدير ج٦/ ص٤٠١، الـــزرقا : المدخل الفقهي ج٢/ ص٧٤٩ فما بعدها، شلبي : المدخل ص٥٥٣، السنهوري : مصادر الحق ج٤/ ص١٦٧ فما بعدها، أبو زهرة : الملكية ونظرية العقد ٣٧٤.

البيع مثلاً، وتملك المستأجر المنفعة في الإجارة الفاسدة ... الخ [١].

قال الكاساني : "أما أصل الحكم فهو ثبوت الملك في الجملة عندنا "[٢].

ومـــع ذلـــك فهو ملك غير لازم كالملك الذي يفيده العقد الصحيح؛ لأنه مستحق الفسخ رفعاً للفســـاد، ولذلـــك فهو مضمون بالقيمة لا بالمسمَّى الذي اتفق عليه الطرفان؛ لأن العقد منهي عنه والتسمية فاسدة فلا يجب المسمّى [٣].

وهـــذا الملك الذي يثبت هو ملك خبيث – لمكان النهي – يفيد انطلاق التصرف دون الانتفاع بعين المملوك كالبيع والهبة والصدقة والرهن والإجارة ونحو ذلك، أما التصرف الذي فيه انتفاع بعيـــن المملوك كأكل الطعام ولبس الثوب وركوب الدابة وسكنى الدار فلا يحل؛ لأن في انطلاق الانتفاع تقرير للفساد الواجب رفعه [٤].

والقـــبض الذي تنتقل به الملكية هو القبض المأذون فيه صراحةً أو دلالة، صراحة كأن يقول مـــثلاً الـــبائع للمشتري : استلم المبيع، والإذن دلالة كأن يقبض المشتري المبيع في مجلس العقد والبائع يراه ولا يمنعه [٥].

ثانياً : استحقاق الفسخ :

مع أن العقد الفاسد مشروعٌ في أصله إلا أن الفساد مقترن به، ودفع الفساد واجب، ولا يمكن دفعـــه إلا بفســـخ العقـــد فكان لكل واحد من المتعاقدين حق الفسخ إزالة ودفعاً للفساد، ولأن من

---

(١) ابـــن نجيم : البحر الرائق ج٥/ ص٢٨١، ج٦/ ص٩٩، الزيلعي : تبيين الحقائق ج٤/ ص٤٤، الموصلي : الاختيار ج٢/ ص٢٣، الزرقا : المدخل الفقهي ج٢/ ص٧٥٠، حيدر : درر الحكام ص٣٢، ٣٣٤، المادة (٣٦٦)و(٣٧١)، أبو زهرة : الملكية ونظرية العقد ص٣٧٤ فما بعدها.

(٢) البدائع : ج٥/ ص٢٩٩.

(٣) الكاســـاني : البدائع ج٥/ ص٢٩٩، ابن الهمام : شرح فتح القدير ج٦/ ص٤٠١، ابن نجيم : البحر الرائق ج٦/ ص٩٩، الزرقا : المدخل الفقهي ج٢/ ص٧٥٠، السنهوري : مصادر الحق ج٤/ ص١٧٥، أبو زهرة : الملكية ونظرية العقد ص٣٧٥.

(٤) الكاساني : البدائع ج٥/ ص٣٠٤، الموصلي : الاختيار ج٢/ ص٣٤، السنهوري : مصادر الحق ج٤/ ص١٧٥.

(٥) الكاساني : البدائع ج٥/ ص٣٠٤ فما بعدها، الموصلي : الاختيار ج٢/ ص٣٢، حيدر : درر الحكام ص٣٣١.

أســباب الفساد: الجهالة الفاحشة، والشرط الفاسد، والغرر ونحو ذلك، وهذه معصية والزجر عن المعصية واجب واستحقاق الفسخ يصلح زاجراً عن المعصية؛ لأنه لو علم أنه يفسخ، فالظاهر أن كل واحد من المتعاقدين يمتنع عن مباشرة مثل هذا العقد [١].

فــالعقد الفاسد عقد مخالف للدين وإن أفاد الملك في الجملة لكن لا يفيد تمامه، لأنه لم ينقطع حق الطرفين بالفسخ، إذ لكل منهما حق الفسخ بل يجب عليه حتى وإن تم القبض[٢].

أمــا إذا أمكن إزالة سبب الفساد دون الفسخ فإن العقد لا يفسخ وينقلب صحيحاً[٣]. واستحقاق الفسخ مقيد بشرطين [٤]:

١- بقاء المعقود عليه على ما كان عليه قبل القبض.

٢- ألا يتعلق بالمعقود عليه حق لغير المتعاقدين وإلا امتنع الفسخ، كما لو باع المشتري بعقد فاسد المبيع لغيره أو وهبه أو رهنه بعقد صحيح .

وحق الفسخ يثبت لكل واحد من العاقدين دون حاجة إلى قضاء القاضي إلا إذا أصرّ العاقدان على الاستمرار في هذا العقد الفاسد وعلم به القاضي فيحقّ للقاضي أن يفسخه جبراً عنهما [٥].

ومما سبق يمكن التفريق بين الفساد والبطلان من عدة وجوه منها :

---

[١] الكاســاني : البدائع ج٥/ ص٣٠٠، ابن نجيم : البحر الرائق : ج٦/ ص٩٩، الزرقا : المدخل الفقهي ج٢/ ص٧٥٣، السنهوري : مصادر الحق ج٤/ ص١٦٩، شلبي : المدخل في التعريف بالفقه الاسلامي ص٥٥٣.

[٢] الزيلعي : تبيين الحقائق ج٤/ ص٤٤، ابن الهمام : شرح فتح القدير ح٦/ ص٤٠١. أبو زهرة : الملكية ونظرية العقد ص٣٧٤ فما بعدها.

[٣] الكاساني : البدائع ج٥/ ص٣٠٠، السنهوري : مصادر الحق ج٤/ ص١٦٩.

[٤] الكاســاني : البدائع ج٥/ ص٣٠١ فما بعدها، الموصلي : الاختيار ج٢/ ص٣٤، حيدر : درر الحكام ص٣٣٦ المادة (٣٧٢)، الزرقا : المدخل الفقهي ج٢/ ص٧٥٣، السنهوري : مصادر الحق ج٤/ ص ١٧٦ فما بعدها، شلبي : المدخل في التعريف بالفقه الاسلامي ص٥٥٤.

[٥] ابن نجيم : البحر الرائق ج٦/ ص١٠٣.

١- مــن حيــث الســبب : فــإن سبب الفساد هو حدوث مخالفة في أوصاف خارجية غير جوهــرية فــي العقد، لا تؤثر هذه المخالفة في صلب العقد كما لو فقد العقد شرطاً من شروط صحته.

أمــا سبب البطلان، فهو حدوث مخالفة في ناحية جوهرية في العقد أو في شرط من شروط الانعقاد.

٢- من حيث الأثر المترتب على كل منهما : العقد الفاسد يترتب عليه بعض الآثار المترتبة علــى العقد الصحيح إذا حصل القبض والتسليم بخلاف العقد الباطل فإنه لا يترتب عليه أي أثر فهو كالمعدوم .

٣- مــن حيــث استحقاق الفسخ : العقد الفاسد يستحق الفسخ دفعاً للفساد، لأنه عقد مخالف للديــن فوجــب فســخه دفعاً للفساد إلا إذا زال المفسِد فإنه لا يفسخ بل ينقلب صحيحاً. بخــلاف العقد الباطل فإنه لا يستحق الفسخ؛ لأنه لا وجود له أصلاً والفسخ لا يرد على معدوم.

المطلب الثاني

الإقالة

الفرع الأول

تعريف الإقالة لغةً واصطلاحاً

الإقالــة في اللغة تعني[1] : الرفع والإزالة، وهي مشتقة من : قال يقيل قَيْلاً ، والقائلة : نصــف الــنهار – الظهيرة وقد تكون بمعنى القيلولة وهي : النوم في نصف النهار أو النوم في

[1] ابــن منظور : لسان العرب ج٣/ ص٢٠٢ فما بعدها، مادة (قيل) فصل القاف من باب اللام، الفيروزآبادي: القاموس المحيط ج٤/ص٤٢، الفيومي : المصباح المنير ج٢/ ص٧١٦، الزبيدي : تاج العروس ج٨/ ص٩٢ فما بعدها، مرعشلي:

الظهـيرة، وقيل : القيلولة والمقيل : الاستراحة نصف النهار وإن لم يكن معها نوم، والدليل على ذلك قوله تعالى :" أَصْحَابُ الْجَنَّةِ يَوْمَئِذٍ خَيْرٌ مُسْتَقَرًّا وَأَحْسَنُ مَقِيلاً " [1]، ومعلوم أن الجنة لا نوم فـيها، وتقـيّل : نام في الظهيرة فهو قائل والجمع قَيّل وقُيّال. والقَيْل : اللبن الذي يشرب نصف الـنهار وقـت القائلـة. وأقال الله فلاناً عثرته أي : أزالها وصفح عنه ورفعه من سقوطه، وفي الحديـث :" أقـيلوا ذوي الهيئات عثراتهم "[2]، ومنه الإقالة في البيع؛ لأنها رفع العقد، واستقاله: طلب إليه أن يقيله.

أمـا في الاصطلاح فهناك تعريفات متعددة للإقالة في المذاهب الفقهية المختلفة، والمتتبع لكـلام الفقهـاء يـرى أنهم يذكرون الإقالة ضمن كتاب البيوع، لا على أنها مختصة به بل على اعتـبار أنها أكثر ما تقع في عقد البيع من جهة، ولأن حقيقتها وجوهرها واحد لا يتغير سواء في عقد البيع أم الإجارة أم غير ذلك من العقود اللازمة من جهة أخرى[3].

ومن تعريفات الفقهاء للإقالة :

١- مـا جـاء في اللّباب والبحر الرائق : "رفع العقد "[4]، ويلاحظ على هذا التعريف أنه لم يبين ما إذا كان رفع العقد بإرادة أحد العاقدين أو بإرادة كليهما واتفاقهما.

" تعريف ابن عرفة المالكي :"ترك المبيع لبائعه بثمنه "[5]، ويلاحظ على هذا التعريف ما يلي :

أسـامة ونديـم مرعشلي : الصحاح في اللغة والعلوم ص٩٧٢، الناشر : دار الحضارة العربية – بيروت ، ط (١) سنة ١٩٧٥م.

[1] سورة الفرقان : آية رقم (٢٤).

[2] هذا الحديث أخرجه أبو داود: سنن أبي داود، كتاب : الحدود ، باب في الحد يشفع فيه، حديث رقم (٤٣٧٥)، ج٤/ ص ١٣٣. والنسـائي : سنن النسائي، كتاب : الرجم، باب : التجاوز عن زلة ذي الهيئة، حديث رقم (٧٢٩٣-٧٢٩٧)، ج٤/ ص٣١٠ .

[3] ابن عابدين : رد المحتار ج٥/ ص١٢٠ .

[4] الغنيمي : اللباب في شرح الكتاب ج٢/ ص٣١، ابن نجيم : البحر الرائق ج٦/ ص١١٠.

[5] ابن عرفة : شرح حدود بن عرفة، ص ٢٧٩، الناشر: المكتبة العلمية.

أ - قــوله (ترك): الأولى أن يقول : بيع لأن المالكية يعتبرون الإقالة بيعاً كما سيأتي لاحقاً. إلا أن الفقيه الرصاع المالكي رد على ذلك بقوله : إن الإقالة إذا تحققت فإن البائع قد ترك حقه في البيع وهذا نوع من المعروف فناسب قوله " ترك" [1].

ب- قوله (المبيع) : تحديد لجنس الإقالة فقد قصرها على عقد البيع وهي قد تشمل غيره.

جـ- قوله (لبائعه) : أخرج به ما إذا تم ترك المبيع لغير بائعه .

د- قوله (بثمنه) : دليل على أن الإقالة لا تصح بثمن آخر غير الذي تم العقد به على ما سيأتي بيانه لاحقاً، كما أخرج بذلك ما لو تركه له بغير مقابل كما لو وهبه له .

٢- وفي مجلة الأحكام العدلية : "الإقالة: رفع عقد البيع وإزالته " [2].

٣- وجــاء فــي الموســوعة الفقهــية أنهــا :" رفــع العقد؛ وإلغاء حكمه وآثاره بتراضي الطرفين"[3]، وهذا هو التعريف الأجمع لآراء الفقهاء في حقيقة الإقالة .

الفرع الثاني

مشروعية الإقالة

ثبتــت مشــروعية الإقالة بالمنقول والإجماع والمعقول فمن النقل ما جاء في الحديث النبوي الشــريف الذي رواه أبو داود عن أبي هريرة -رضي الله عنه – أنه قال : قال : قال رسول الله ﷺ : "من أقال مسلماً أقال اللّه عثرته" [4]، وزاد ابن ماجة :" يوم القيامة"[5].

---

[1] المرجع السابق .

[2] حيدر : شرح مجلة الأحكام العدلية ص١١٢ المادة (١٦٣).

[3] وزارة الأوقاف والشؤون الاسلامية : الموسوعة الفقهية ج٥/ ص٣٢٤.

[4] سنن أبي داود: كتاب الإجارة، باب في فضل الإقالة، حديث رقم (٣٤٦٠٠) ، ج٣/ ص٢٧.

[5] ابن ماجة: سنن ابن ماجة، كتاب التجارات، باب الإقالة، حديث رقم (٢١٩٩) ، ج٢/ ص٧٤١. وأخرجه أيضاً الحاكم في مستدركه وقال : (هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه)، انظر : المستدرك على الصحيحين : أبو عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري ت (٤٠٥هـ) ، حديث رقم (٢٢٩١)، ج٢/ ص٥٢، تحقيق : مصطفى عبد القادر عطا، الناشر : دار الكتب العلمية -بيروت، طبعة سنة ١٤١١هـ - ١٩٩٠م.

وأخرجه ابن حبّان بلفظ : "من أقال نادماً بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة" [1].

وقد أجمع المسلمون من لدن سيدنا محمد ﷺ إلى يومنا هذا أن الإقالة مشروعة[2].

وأمــا العقل فيقتضي بأن من حق طرفي العقد أن يرفعاه تبعاً للمصحلة ودفعاً لحاجتهما التي شُرع العقد لها [3].

الفرع الثالث

حكم الإقالة التكليفي

الإقالــة دائــرة بين الندب والوجوب وذلك بحسب حالة العقد، فإنها تكون مندوباً إليها إذا ندم أحــد العاقدين[4]، والدليل على ذلك الحديث السابق الذي رواه أبو هريرة – رضي الله عنه – : "مــن أقال مسلماً أقاله الله عثرته يوم القيامة "[5]، وفي رواية أخرى :"من أقال نادماً " [6]. ووجه الاستدلال بالحديث أنه وعد المقيلين بالثواب والصفح عن أخطائهما يوم القيامة.

---

[1] صحيح ابن حبان، كتاب البيوع، باب الإقالة ، حديث رقم (٥٠٢٩)، ج١١/ ص٤٠٢. وأخرجه أيضاً البيهقي بلفظ : " من أقال نادماً أقاله الله تعالى يوم القيامة "، انظر : سنن البيهقي : كتاب البيوع، باب من أقال المسلم إليه، بعض السلم فأتى بعضه، حديث رقم (١٠٩١٢)، ج٦/ص٦٧، وحديث أبي هريرة هذا صححه جماعة من الحفاظ بلفظ (من أقال نادماً) وفي لفــظ (مسلماً أقال الله عثرته يوم القيامة). انظر : السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار : محمد بن علي بن محمد الشــوكاني ت (١٢٥٠هـــ) ج٣/ ص١٣٩، تحقيق : محمود إبراهيم زايد، الناشر : دار الكتب العلمية – بيروت، ط (١) سنة ١٤٠٥هـــ.

[2] الصنعاني : محمد بن اسماعيل الكحلاني الصنعاني الملقب بالأمير ت (٨٥٢هــ) : سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، ج٣/ ص٣٣، تحقيق : محمد عبد العزيز الخولي ، الناشر : دار إحياء التراث العربي – بيروت، طبعة سنة ١٣٧٩هــ، ابن الهمام : شرح فتح القدير ج٦/ ص٤٨٦.

[3] المرغينانـــي : الهداية ج٣/ ص٥٤، ابن الهمام : شرح فتح القدير ج٦/ ص٤٨٦، حيدر : درر الحكام ص١٤٢، ابن حزم : المحلى ج٩/ ص٣.

[4] ابن عابدين: رد المحتار ج٥/ ص١٢٤، ابن جزي : القوانين الفقهية ص١٧٩، الشربيني : مغني المحتاج ج٢/ ص٨٦، البهوتي: منصور بن يونس بن ادريس البهوتي ت (١٠٥١هــ) شرح منتهى الإرادات ح٢/ ص١٩٢، الناشر: دار الفكر .

[5] سبق تخريجه ص٦٥.

[6] سبق تخريجه ص٦٥.

وأما كون المقال مسلماً لحصول الثواب فليس بشرط، وإنما ذكره الحديث لكونه حكماً غالباً، لأن ثواب الإقالة ثابت في إقالة غير المسلم أيضاً[1]، بدليل أن الحديث ورد عاماً بلفظ : "من أقال نادماً " .

وتكـــون الإقالـــة واجبة إذا كان العقد فاسداً[2] أو مكروهاً[3] وتعليل ذلك ؛ أن العقد إذا وقع فاسداً أو مكروهاً ـــ أي محرماً ـــ وجب على كل من المتعاقدين رفع العقد والرجوع إلى ما كان لـــه من رأس المال صوناً لهما عن المحظور، لأن رفع المعصية واجب بقدر الإمكان، ولا يكون ذلك إلا بالإقالة أو الفسخ [4].

وصـــرّح ابـــن نجـــيم الحنفي أن الإقالة ينبغي أن تكون واجبة إذا كان البائع غارّاً (مخادعاً) للمشـــتري وكـــان الغبن يسيراً، وقُيِّد باليسير لأن الغبن الفاحش يوجب الرد إن غرّه البائع على الصحيح.[5].

---

[1] الصنعاني : سبل السلام ج٣/ ص٣٢.

[2] العقد الفاسد هو : ما كان مشروعاً بأصله لا بوصفه، انظر بالتفصيل ص١١ من هذا البحث.

[3] العقد المكروه في اصطلاح الفقهاء هو : ما كان مشروعاً بأصله ووصفه، لكن نهي عنه لوصف مجاور غير لازم كعقد البـــيع وقت النداء لصلاة الجمعة، فالنهي عن البيع لا لأمر راجع إلى عينه بل إلى معنى مجاور خارج عن العقد وهو : ترك السعي لصلاة الجمعة لقوله تعالى :" يا أيها الذين آمنوا إذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله وذروا البيع" [سورة الجمعة آية ٩] . وحكم العقد المكروه أنه عقد صحيح يترتب عليه أثره لكن مع الإثم باعتباره منهياً عنه وهذا عـــند جمهور الفقهاء خلافاً للحنبلية الذين قالوا بعدم صحته إذ أن النهي عندهم يقتضي الفساد مطلقاً. انظر : ابن نجيم : البحر الرائق ج٦/ ص٧٥، ١٠٧، -١٠٨، ابن رشد : بداية المجتهد ج٢/ ص١٦٩، الغزالي: محمد بن محمد الغزالي ت (٥٠٥هـ) : الوسيط في المذهب ج٣/ ص٦٣، الناشر: دار السلام، ط (١) سنة ١٤١٧هـــ -١٩٩٧م، البهوتي : كشاف القناع ج٣/ ص١٨٠.

[4] البابرتي : شرح العناية على الهداية ج٦/ ص٤٨٦ مطبوع مع فتح القدير، ابن نجيم : البحر الرائق ج٦/ ص١١٠، ابن عابدين : رد المحتار ج٥/ ص١٢٤.

[5] البحر الرائق ج٦/ ص١١٠.

الفرع الرابع

ركن الإقالة والألفاظ التي تنعقد بها

ركن الإقالة هو : الإيجاب والقبول الدالان عليها، فإذا وجد الإيجاب من أحد العاقدين والقبول مـــن الآخر بلفظ يدل عليه فقد تمَّ الركن. وتتوقف الإقالة على القبول في المجلس نصّاً بالقول كما لـــو قـــال الـــبائع : أقلـــت البيع فقال المشتري : قبلت، أو دلالة بالفعل كمن باع ثوباً وسلّمه إلى المشـــتري ثـــم قـــال له : أقلت البيع فاقطعه لي قميصاً، فإذا قطعه في المجلس فهذا يعتبر قبولاً للإقالة [1].

أمـــا الألفاظ التي تنعقد بها الإقالة فلا خلاف في أنها تنعقد بلفظها أو ما يدل عليها، كما أنها تـــنعقد بلفظيـــن ماضيين بلا خلاف أيضاً بأن يقول أحد العاقدين: أقلت ، فيقول الآخر : قبلت أو رضيت ونحو ذلك [2].

لكـــنَّ الخلاف في صيغة اللفظ الذي تنعقد به إذا كان أحد اللفظين مستقبلاً والآخر ماضياً بأن قال أحد العاقدين : أقلني، فقال الآخر : أقلتك، أو قال : جئتك لتقيلني، فقال الآخر: أقلت : فذهب أبـــو حنـــيفة وأبو يوسف إلى أنها تنعقد بلفظين يعبُر بأحدهما عن المستقبل وبالآخر عن الماضي قياساً على النكاح الذي ينعقد بهذين اللفظين [3].

---

(1) الكاســـاني : البدائع ج٥/ ص٣٠٦، داماد: عبد الرحمن بن محمد بن سليمان : مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ج٢/ ص٥٤. ابن نجيم : البحر الرائق : البحر الرائق : ج٦/ ص١١٠، الشربيني : مغني المحتاج ج٢/ ص٨٦، حيدر : درر الحكام، ص١٤٢، المادة (١٩١) من المجلة.

(2) الكاساني : البدائع ج٥/ ص٣٠٦، ابن نجيم : البحر الرائق ج٦/ ص١١٠ ، الشربيني : مغني المحتاج ج٢/ ص٨٦، البهوتي : كشاف القناع ج٣/ ص٢٥٠.

(3) البابرتي : شرح العناية على الهداية ج٦/ ص٤٨٧، الكاساني : البدائع ج٥/ ص٣٠٦، ابن نجيم : البحر الرائق ج٦/ ص١١٠.

ومــع أنّ الإقالــة تعتــبر بيعاً عند أبي يوسف -كما سيأتي - إلاّ أنه لم يعطها حكمه وتعليل ذلــك؛ أن لفظــة الاستقبال للمساومة [1]حقيقة، والمساومة معتادة في البيع فكانت اللفظة محمولة علــى حقيقــتها فلــم تقع إيجاباً بخلاف الإقالة؛ لأن المساومة لا تجري فيها فحملت اللفظة على الإيجاب [2].

أمــا محمد بن الحسن فذهب إلى أن الإقالة لا تنعقد إلاّ بلفظين يعبر بهما عن الماضي؛ لأنها كالبــيع فأعطيــت بسبب الشبه حكم البيع، وركن البيع - الإيجاب والقبول- لا ينعقد إلا بلفظين ماضيين فكذا ركن الإقالة [3].

وتصـــح الإقالــة بلفــظ فاسختك وتاركتك [4]، وتصح أيضاً بلفظ "المصالحة" و "البيع"؛ لأن المقصــود المعنى بكل ما يتوصل به إليه أجزأ. وخالف في ذلك القاضي من الحنبلية وعلّل ذلك؛ أن مــا يصلح للحل لا يصلح للعقد، وما يصلح للعقد لا يصلح للحل فلا تنعقد الإقالة بلفظ "البيع" ولا البيع بلفظ "الإقالة " [5].

---

(1) المساومة في اللغة مشتقة من : سام يسوم سَوْماً ومساومة، والسَّوْم : عرض السلعة على البيع، والمساومة : المجاذبة بيــن الــبائع والمشتري على السلعة وفصل ثمنها، وسام المشتري السلعة أي : طلب بيعها . انظر : ابن منظور : لسان العرب ج٢/ ص٢٤٤، الفيومي : المصباح المنير ج١/ ص٤٠٤، مادة (سوم) فصل السين من باب الميم .

وأما في الاصطلاح فقد عرَّفها ابن عابدين بقوله: (المساومة هي البيع بأي ثمن كان من غير نظر إلى الثمن الأول)، انظر: ابن عابدين : رد المحتار ج٥/ ص١٣٢.

وعــرفها أيضاً ابن جزي بقوله : (بيع المساومة هو : أن يتفاوض المشتري مع البائع في الثمن حتى يتفقا عليه من غير تعريف بكم اشتراها). انظر : القوانين الفقهية ص١٧٤.

(2) البابرتي: العناية على الهداية ج٦/ ص٤٨٧، الكاساني : البدائع ج٥/ ص٣٠٦، ابن عابدين: رد المحتارج٥/ ص١٢٠.

(3) المصادر السابقة .

(4) الغنيمي : اللباب ج٢/ ص٣٢، ابن نجيم : البحر الرائق ج٦/ ص١١٠، الشربيني : مغني المحتاج ج٢/ ص٨٦.

(5) البهوتي : كشاف القناع ج٣/ ص٢٥٠، المرداوي : الإنصاف ج٤/ ص٤٦٥.

كمـا تـنعقد بالتعاطي[1]كالبيع، كما لو قال المشتري للبائع : أقلتك فردّ إليه الثمن[2]. وتصح أيضاً بالكتابة والإشارة من الأخرس [3].

الفرع الخامس

التكييف الفقهي للإقالة

للفقهاء في تكييف الإقالة عدة أقوال أعرضها في التفصيل الآتي :

القـول الأول : لأبـي حنيفة [4]، وللزيدية[5] : إن الإقالة فسخ في حق العاقدين بيع جديد في حق غيرهما سواء قبل القبض أم بعده إلاّ إذا تعذر فتبطل،واحتج أصحاب هذا القول لقولهم بأن : لفـظ الإقالة ينبئ عن الرفع لغة وشرعاً، ورفع الشيء : فسخه، فلا يحتمل اللفظ معنى آخر نفياً للاشـتراك، والأصل إعمال الألفاظ في مقتضياتها الحقيقية، فإذا تعذر فلا يحمل اللفظ على البيع لأنـه ضد الإقالة، إذ هي عبارة عن الرفع والإزالة – كما مرّ سابقاً – والبيع عبارة عن الإثبات، واللفظ لا يحتمل ضده، فتعين البطلان في محل اللفظ على البيع[6].

---

[1] التعاطـي فـي اللغـة : مصدر تعاطى بمعنى : تناول الانسان الشيء بيده، والعَطْو : التناول ، والمعاطاة : المُناولة، والتعاطـي : التـناول والجـراءة علـى الشيء. انظر : ابن منظور : لسان العرب ج٢/ ص٨١٥ مادة (عطا). أما في الاصطلاح فهو: (وضع الثمن وأخذ المثمن عن تراضٍ منهما (المتعاقدين) من غير لفظ ، وهو يفيد أنه لا بد من الإعطاء مـن الجانبيـن لأنـه من المعاطاة. انظر : ابن نجيم : البحر الرائق ح٥/ ص٢٩١ ويكون التعاطي في البيع وغيره من المعاوضات، هذا وقد اختلف الفقهاء في انعقاد البيع بالتعاطي فذهب الحنفية والمالكية والحنبلية إلى انعقاده به خلافاً لما هو علـيه مذهب الشافعية من عدم انعقاده بالتعاطي لأن اسم البيع لا يقع عليه. انظر : ابن عابدين : حاشية رد المحتار ج٤/ ص٥١٣، الدسوقي : حاشية الدسوقي ح٣/ ص٣، البهوتي : كشاف القناع ج٣/ ص١٤٨، الشربيني : مغني المحتاج ج٢/ ص٧ ، الشيرازي : المهذب ج١/ ص٢٦٤.

[2] ابـن نجـيم : البحر الرائق ج٦/ ص١١٠، ابن عابدين : حاشية رد المحتار ج٤/ ص٥١٥،حيدر : درر الحكام، ص ١٤٤المادة (١٩٢).

[3] حيدر : درر الحكام ص١٤٤.

[4] الكاساني : بدائع الصنائع ج٥/ ص٣٠٦، ابن نجيم : البحر الرائق ح٦/ ص١١٠.

[5] ابـن المرتضى: أحمد بن يحيى بن المرتضى : عيون الأزهار في فقه الأئمة الأطهار ص٢٨٤، الناشر : دار الكتاب اللبناني –بيروت، ط(١) سنة ١٩٧٥م.

[6] البابرتي : شرح العناية على الهداية ج٦/ ص٤٨٨، داماد : مجمع الأنهر ح٢/ ص٥٤، الموصلي : الاختيار ج٢/ ص ١٧.

وأما كونها بيعاً في حق الغير فلأن كل واحد من المتعاقدين في الإقالة يأخذ رأس ماله ببدل، وهــذا معــنى البيع إلا أنه لا يمكن إظهار معنى البيع في الفسخ في حق العاقدين فأُظهر في حق الغــير محافظة على حقه من الإسقاط، إذ لا يملك العاقدان إسقاط حق غيرهما[١]، يمثل على ذلك بأمثلة منها [٢]:-

- أولاً : مــن اشترى داراً ولها شفيع فسلم الشفعة[٣]، ثم تقايل المتبايعان البيع، أخذ الشفيع بالشفعة عند التقايل على اعتبار أن الإقالة بيع في حق الغير وهو الشفيع .
- ثانياً : لو وهب شخص آخر شيئاً وقبضه، فباعه الموهوب له، ثم تقايل المتبايعان، فليس للواهــب الــرجوع بالهبة؛ لأن الإقالة تعتبر بيعاً في حق الواهب، ويصير الموهوب له كالمشتري.

القــول الثانــي : لأبــي يوسف من الحنفية[٤]، للإمام مالك[٥]، وابن حزم الظاهري [٦]: إن الإقالة بيع في حق العاقدين وغيرهما، إلا أن أبا يوسف يجعل الإقالة فسخاً عند تعذر جعلها بيعاً.

---

[١] الكاساني : بدائع الصنائع ج٥/ ص٣٠٦، الموصلي : الاختيار ج٢/ ص١٧.

[٢] البابرتي : شرح العناية على الهداية ج٦/ ص٤٨٩، الموصلي : الاختيار ج٢/ ص١٧.

[٣] الشــفعة لغــة مأخوذة من الشفع وهو : خلاف الوتر، وهو الزوج وفي الاصطلاح : أ- عرفها الحنفية بأنها : (تمليك البقعة جبراً على المشتري بما قام عليه). انظر : الحصكفي: الدر المختار ج٦/ ص٢١٧ مطبوع مع حاشية بن عابدين .
ب- عرفها المالكية : قال ابن عرفة : (الشفعة استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه). انظر : المواق : التاج والإكليل ج ٥/ ص٣١٠.

جــ- عرفها الشافعية : (حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بعوض). انظر : الشربيني : مغني المحتاج ج٢/ص٢٩٦.

د- عرفها الحنبلية بأنها : (استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه من يد من انتقلت إليه). انظر : ابن قدامة: المغني ج٥/ص٣٠٧.

[٤] الكاساني : بدائع الصنائع ج٥/ ص٣٠٦، داماد: مجمع الأنهر ج٢/ص٥٥.

[٥] ابن عبد البر : أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر ت (٤٦٣هــ): التمهيد ج١٦/ ص٣٤٢، تحقيق : مصطفى بن أحمد العلوي ومحمد عبد الكبير البكري، الناشر : وزارة عموم الأوقاف والشؤون الاسلامية – المغرب، طبعة سنة ١٣٨٧ هــ .

[٦] ابن حزم : المحلى ج٩/ ص٤ و ٦.

جـــاء فـــي المدونة[1]: "الإقالة : بيع من البيوع يحلها ما يحل البيوع ويحرمها ما يحرم البيوع ".

وجـــه هذا القول : أن البيع معناه : مبادلة المال بالمال، وهو أخذ بدل وإعطاء بدل، وقد تحقق هذا في الإقالة فكانت بيعاً لوجود معنى البيع فيها، والعبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني.

ومع أن الإقالة تعتبر بيعاً عند المالكية، إلاّ أنهم استثنوا من ذلك ثلاثة أشياء [2]:

أولاً : الطعـــام قـــبل قبضه، فالإقالة فيه حل بيع إن وقعت بمثل الثمن الأول لا أكثر ولا أقل في البلد الذي وقعت فيه الإقالة .

ثانياً : الشفعة : الإقالة فيها ملغاة ولا يلتفت إليها، ولا يحكم عليها بأنها حل بيع أو فسخه ولا ابتداء بيع.

ثالـــثاً : المـــرابحة[3] : الإقالة فيها ليست ببيع بل هي حل بيع (فسخ)، فمن اشترى سلعة بعشـــرة وباعهـــا بخمســـة عشر – مرابحة – ثم تقايل مع المشتري، فلا يجوز للبائع أن يبيعها مرابحة على الثمن الثاني الذي وقعت الإقالة به إلا أن يبين .

---

[1] المدونة الكبرى : الإمام مالك ج٩/ ص٧٦، الناشر : دار صادر – بيروت .

[2] الدردير: الشرح الكبير ج٣/ ص١٥٥-١٥٧، المواق : التاج والإكليل ج٢/ ص٢٦٦، الحطاب : مواهب الجليل ج٤/ ص٤٨٦.

[3] المـــرابحة : اختلفـــت عبارات الفقهاء في تعريفها، لكنها متحدة في المعنى والمدلول، فهي عند الحنفية : (نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول مع زيادة ربح). انظر : ابن الهمام : شرح فتح القدير ج٦/ ص٤٩٤.

وعـــند المالكـــية هي : (أن يذكر البائع للمشتري الثمن الذي اشترى به السلعة ويشترط عليه ربحاً ما للدينار أو الدرهم). انظر : ابن رشد : بداية المجتهد ج٢/ ص٢١٣ وعند الشافعية : (هي الزيادة على رأس المال). انظر : الشربيني : مغني المحتاج ج٢/٧٦ .

أمـــا عند الحنبلية فقد جاء في المغني: (بيع المرابحة هو البيع برأس المال وربح معلوم). انظر: ابن قدامة: المغني: ج٤/ ص١٩٩. والمرابحة جائزة باتفاق الفقهاء مع تفصيل في أحكامها ينظر في محله من كتب الفقه الإسلامي .

القول الثالث : وهو لمحمد بن الحسن من الحنفية [1]: إن الإقالة فسخ إلا إذا تعذر جعلها فسخاً فتجعل بيعاً للضرورة، ووجه هذا القول: أن لفظ الإقالة إنما وضع للفسخ والرفع إلاّ إذا تعذر فيحمل اللفظ على محتمله وهو البيع للضرورة.

القول الرابع : وهو لجمهور الفقهاء: زفر من الحنفية[2]، والشافعية في أظهر القولين[3]، والحنبلية في الصحيح من المذهب[4] والجعفرية[5] : تعتبر الإقالة فسخاً في حق العاقدين وغيرهما، ووجّه أصحاب هذا القول رأيهم بأدلة منها :-

أولاً : إنّ الإقالة في اللغة عبارة عن الرفع – كما مرَّ سابقاً – والأصل أنَّ معنى التصرف شرعاً ما ينبئ عن اللفظ لغة، ورفع العقد فسخه، ولأن البيع والإقالة اختلفا اسماً فيختلفان حكماً، وهذا هو الأصل، فإذا كانت الإقالة رفعاً للعقد، لا تكون بيعاً؛ لأن البيع إثبات والرفع نفي، وبينهما تناف، فكانت الإقالة على هذا التقدير فسخاً محضاً في حق كل الناس.

ثانياً : إن المبيع عاد إلى البائع بلفظ لا ينعقد به البيع وهو لفظ الإقالة فكان فسخاً.

ثالثاً : الإقالة تصح قبل قبض المبيع، وفي المُسَلَّم فيه[6] قبل قبضه أيضاً؛ لأن الفسخ لا يعتبر

---

(1) الكاساني: بدائع الصنائع ج٥/٣٠٦، البابرتي: العناية على الهداية ج٦/ص٤٨٨.

(2) الكاساني : البدائع ج٥/ ص٣٠٦.

(3) النووي : أبو زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي ت (٦٧٦هـ): روضة الطالبين ج٣/ ص٤٩٣، الناشر : المكتب الإسلامي -بيروت ، ط (٢) سنة ١٤٠٥ هـ – ١٩٨٥.

(4) ابن قدامة: المغني ج٤/ص١٣٥ -١٣٦، البهوتي : كشاف القناع ج٣/ ص٢٤٨.

(5) المحقق : جعفر بن الحسن بن يحيى بن الحسن بن سعيد الهذلي الملقب بالمحقق أو بالمحقق المحلي ت (٦٧٦هـ) : شرائع الاسلام في الفقه الإسلامي الجعفري ج١/ص١٩٠، الناشر : دار مكتبة الحياة – بيروت .

(6) السَّلَم هو عقد مشروع، وله في اصطلاح الفقهاء تعريفات متعددة منها: ١- (بيع آجل بعاجل). انظر : ابن الهمام : شرح فتح القدير ج٧/ ص٧٠.

٢- (هو أن يسلم عوضاً حاضراً في عوض موصوف في الذمة إلى أجل) . انظر : ابن قدامة : المغني ج٤/ ص٣٠٤.

فيه القبض، فهذا دليل على أنها ليست بيعاً،لإجماعهم على عدم جواز البيع قبل قبض المبيع [1].

رابعاً : الإقالة تتقدر بالثمن الأول، ولو كانت بيعاً لم تتقدر به.

الترجيـــح

بعــد استعراض أقوال الفقهاء في هذه المسألة أرى أن الراجح فيها ما ذهب إليه جمهور الفقهــاء مــن أن الإقالة تعتبر فسخاً للعقد في حق الكل، لقوة أدلتهم التي اعتمدوا عليها في هذا الجانب، والله أعلم .

إلا أن الإقالــة باعتبارها فسخاً تختلف عن سائر الفسوخ الأخرى، لأنه يشترط فيها رضاً وموافقــة المتقايليــن على الفسخ ورفع العقد، وليس الأمر كذلك في الفسوخ الأخرى، بل يستقل بالفسخ من يثبت له دون توقف على رضا الطرف الآخر[2].

ويترتب على كون الإقالة فسخاً أمور منها :

أولاً : أنهــا تجوز قبل القبض وبعده كالرد بالعيب والفسخ بالخيار، والفسخ لا يعتبر فيه القبض [3].

ثانــياً : أنهــا لا تكون إلا بالثمن الأول، أي : بنفس الثمن الذي تم العقد به جنساً وقدراً وصفة [4].

---

[1] لحديــث الرســول ﷺ : "مــن ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يقبضه" وفي رواية أخرى : " من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه". انظر : البخاري : صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب بيع الطعام قبل أن يقبض، حديث رقم (٢٠٢٨، ٢٠٢٩)، ج٢/ ص٧٥١ ومسلم : صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض. حديث رقم (١٥٢٢-١٥٢٩)، ج٣/ ص١١٥٩-١١٦١، والنسائي: سنن النسائي، كتاب البيع، باب بيع الطعام قبل أن يستوفى، حديث رقم (٦١٨٨)، (٦١٩٠)، ج٤/ ص٣٥-٣٦.

[2] الشرواني : حواشي الشرواني ج٤/ص٢٧١، ابن قدامة : المغني ج٤/ص١٣٧، البهوتي : كشاف القناع ج٣/ص٢٤٩.

[3] الكاســاني : الــبدائع ج٥/ص٣٠٦، الــنووي : روضة الطالبين ج٣/ ص٤٩٣، ابن قدامة : المغني ج٤/ ص١٣٦، الشوكاني : السيل الجرار ج٣/ ص١٣٩.

[4] الغنيمـــي : اللــباب ج٢/ ص٣٢، الــنووي : روضة الطالبين ج٣/ ص٤٩٣، المرداوي : الإنصاف ج٤/ ص٤٦٤، الشوكاني : السيل الجرار ج٣/ ص١٤٠، المحقق الحليّ : شرائع الإسلام ج١/ ص١٩٠.

هــذا وقــد ذهب الإمام أبو حنيفة والزيدية إلى أن المتقايلين إذا شرطا زيادة على الثمن الأول، أو جنســاً آخــر ســوى الجنس الأول، قل أو كثر، أو تأجيل الثمن الأول، فالإقالة تبقى صحيحة على الثمن الأول، وشرط الزيادة والأجل والجنس الآخر يكون باطلاً،وحجتهم في ذلك: أن الإقالــة فســخ فــي حق العاقدين، والفسخ رفع العقد، والعقد وقع بالثمن الأول فيكون فسخه بالثمــن الأول ضــرورة، ويبطل شرط الزيادة والنقصان والجنس الآخر والأجل مع بقاء الإقالة صــحيحة؛ لأن اشتراط هذه الأشياء لا يؤثر في الإقالة؛ لأنها لا تبطل بالشروط الفاسدة[١]، ولأن الإقالة رفع ما كان لا رفع ما لم يكن، حيث أن رفع ما لم يكن ثابتاً محال[٢].

أمــا الشافعية والحنبلية والجعفرية فقد قالوا بعدم صحة الإقالة؛ لأنها يعتبر فيها التماثل، فــإذا شُــرط التفاضــل بطلت كما لو باع درهماً بدرهمين، ولأن القصد بالإقالة ردّ كل حق إلى صاحبه فإذا شرط المتقايلان زيادة أو نقصاناً أُخرج العقد عن مقصوده فبطل[٣].

ثالــثاً : الإقالة ترفع العقد من حينه لا من أصله. وبناء على ذلك فإن الزوائد المنفصلة كالكسب والغلة ونحوها لا ترد مع الأصل إذا حصل التقايل بين المتعاقدين[٤].

---

[١] الكاساني : بدائع الصنائع ج٥/ ص٣٠٦ فما بعدها، الشوكاني : السيل الجرار ج٣/ ص١٣٩-١٤٠.

[٢] البابرتي : شرح العناية على الهداية ج٦/ ص٤٩٠.

[٣] النووي : روضة الطالبين ج٣/ص٤٩٤، ابن قدامة : المغني ج٤/ص١٣٦-١٣٧، المحقق الحليّ : شرائع الإسلام ج١ /ص١٩٠.

[٤] ابــن نجيم : الأشباه والنظائر ص٣٣٨ فما بعدها، ابن عابدين : حاشية رد المحتار ج٥/ ص١٢٥، الشربيني : مغني المحتاج ج٢/ ص٨٦، السيوطي : الأشباه والنظائر . الزركشي : المنثور ج٢/ ص١٧٥، المرداوي : الإنصاف ج٤/ ص ٤٦٩، البهوتي : كشاف القناع ج٣/ص٢٥٠، المرتضى : البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار ج٤/ ص٣٧٦، الناشر : دار الكتاب الإسلامي.

الفرع السادس

محل الإقالة [1]

محل الإقالة إنما هو العقود اللازمة في حق الطرفين مما يقبل الفسخ بخيار من الخيارات مثل : عقد البيع، الإجارة، السلم، الصلح، المزارعة، المساقاة وغير ذلك؛ لأن هذه العقود لا يمكن فسخها إلا باتفاق المتعاقدين .

وأما العقود اللازمة التي لا تقبل الفسخ بالخيار كعقد النكاح فالإقالة لا تصح فيها، وكذا لا تصح في العقود الجائزة -غير اللازمة- بحق الطرفين مثل : عقد الوديعة، والإعارة، والوكالة، والوصية، وغيرها؛ لأن هذه العقود تفسخ بإرادة أحد العاقدين دون توقف على رضا وموافقة الطرف الآخر [2].

الفرع السابع

شروط صحة الإقالة

حتى تكون الإقالة صحيحة ينبغي أن يتوافر فيها عدة شروط منها :

<u>أولاً</u> : رضى المتقايلين : لأن الإقالة رفع عقد لازم فلا بد من رضى الطرفين، أما رفع العقد غير اللازم فيعود إلى صاحب الخيار دون توقف على رضى الطرف الآخر [3].

<u>ثانياً</u> : اتحاد المجلس : لأن معنى البيع موجود فيها فيشترط لها المجلس، كما يشترط للبيع[4].

---

[1] لطفاً : انظر السرخسي : المبسوط ج٢٩/ ص٥٥، ابن نجيم : البحر الرائق ج٦/ ص١١١، ابن عابدين : حاشية رد المحتار ج٥/ ص١٢٢، ١٢٤، السيوطي : الأشباه ص٥٦٠، النووي : روضة الطالبين ج٣/ ص٤٩٣، الزركشي: المنثور ج٢/ ص١٧٣، البهوتي : كشاف القناع ج٣/ ص٢٤٩ فما بعدها .

[2] لطفاً : انظر ما يتعلق بالعقود الجائزة : ص٣٧ من هذا البحث.

[3] الكاساني : بدائع الصنائع ج٥/ ص٣٠٨، ابن نجيم : البحر الرائق ج٦/ص١١٠، الشرواني : حواشي الشرواني ج٤/ ٢٧١ص، البهوتي : كشاف القناع ح٣/ ص٢٤٩ فما بعدها، حيدر : درر الحكام، ص١٤٢، المادة (١٩٠).

[4] الكاساني : البدائع ج٥/ ص٣٠٨، ابن نجيم : البحر الرائق ج٦/ ص١١٠، ابن عابدين : رد المحتار ج٥/ ص١٢١، البهوتي : الكشاف ج٣/ ص٢٥٠.

ثالثاً : بقاء المحل وقت الإقالة، فإن كان هالكاً وقتها لم تصح لفوات المحل – المعقود عليه –

فأما قيام الثمن وقت الإقالة فليس بشرط، وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية[1] والحنبلية[2] والزيدية[3]، وخالفهم في ذلك الشافعية[4] والجعفرية[5] فقد ذهبوا إلى القول بصحة الإقالة بعد تلف المعقود عليه وذلك بضمان مثله إن كان مثلياً أو قيمته إن كان قيمياً .

رابعاً: أن يكون محل الإقالة قابلاً للفسخ بخيار من الخيارات كما في البيع، والإجارة، فإذا خرج عن احتمال الفسخ خرج عن احتمال الإقالة ضرورة كما في النكاح والطلاق [6].

خامساً : تقابض بدلي الصرف[7] في إقالة الصرف، وهذا على رأي من يقول : أنها بيع[8].

---

(1) الكاساني : البدائع ج٥/ ص٣٠٩.

(2) البهوتي : شرح منتهى الإرادات ج٢/ ص١٩٣.

(3) الشوكاني : السيل الجرار ج٣/ ص١٤٠.

(4) النووي : روضة الطالبين ج٣/ ص٤٩٣.

(5) المحقق : شرائع الإسلام ج١/ ص١٩١.

(6) الكاساني : البدائع ج٥/ ص٣٠٩، ابن نجيم : البحر الرائق ج٦/ ص١١١.

(7) الصرف في الاصطلاح هو : بيع الأثمان بعضها ببعض كالذهب والفضة، انظر : الموصلي : الاختيار ج٢/ ص٥٩.

(8) ابن نجيم : البحر الرائق ج٦/ ص١١٠، ابن عابدين : رد المحتار ج٥/ ص١٢٢.

المبحث الثاني

الأسباب غير الاختيارية للإنفساخ

ويشتمل هذا المبحث على خمسة مطالب :

المطلب الأول : تلف المعقود عليه

المطلب الثاني : موت أحد العاقدين أو كليهما

المطلب الثالث : غصب المعقود عليه

المطلب الرابع : انتهاء مدة العقد

المطلب الخامس : الأعذار أو الحوادث الطارئة

المطلب الأول

تلف المعقود عليه

التلف لغة : الهلاك والعطب في كل شيء، يقال: تلف الشيء تلفاً فهو تالِف، وتَلِفَ أي : هلــك، والإتلاف : إحداث التلف[١]، والتلف أعم من الإتلاف، لأنه كما يكون نتيجة إتلاف الغير فإنه قد يكون نتيجة آفة سماوية[٢].

ولا يخــرج اســتعمال الفقهــاء له عن المعنى اللغوي. قال ابن عابدين[٣] : "التلف أي : الهلاك والزوال ".

هــذا، وقــد اتفق أهل العلم في الجملة على أن تلف المعقود عليه يعتبر سبباً من أسباب انفساخ بعض العقود وانتهائها، وتفصيل ذلك على النحو الآتي :

أولاً : العقــود الفورية[٤]: اتفق الفقهاء من حيث الجملة على أن العقود الفورية لا تنفسخ بتلف المعقود عليه إذا تم القبض . أما قبل القبض فهذا أمر مختلف فيه بين الفقهاء، وسأتناول – بعونـــه تعالى – عقد البيع كمثالٍ على هذه العقود؛ نظراً لكونه الأكثر انتشاراً وتداولاً بين الناس، وبيان ذلك على التفصيل التالي :

أثر تلف المعقود عليه في عقد البيع قبل القبض

البيع لغة : مشتق من باع يبيع بيعاً، والبيع : ضد الشراء، وقد يأتي بمعنى الشراء أيضاً، فهو من الأضداد، يقال: بعت الشيء أي : شريته [٥].

---

[١] ابن منظور : لسان العرب ج١/٣٢٦ فما بعدها، مادة (تلف)، الفيومي : المصباح المنير ج١/ ص١٠٥-١٠٦.

[٢] لطفا : انظر الموسوعة الفقهية ج١/ ص٢١٦.

[٣] رد المحتار على الدر المختار ج٤/ ص٢٨٦.

[٤] لطفاً : انظر في توضيح المقصود بالعقود الفورية ص ١٣ من هذا البحث .

[٥] ابن منظور : لسان العرب ج١/٢٩٨، مادة (بيع)، الفيومي : المصباح المنير ج١/ ص٩٦.

والبيع شرعاً هو: مبادلة المال بالمال تمليكاً وتملكاً[1] . وهو عقد مشروع بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول، أما الكتاب فقوله تعالى: "وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ" [2]، وأما السنة فقوله ﷺ: "البيّعان بالخيار ما لم يتفرقا "[3].

وأجمع أهل العلم على جواز البيع في الجملة، وأما المعقول : فلأن حاجة الإنسان تتعلق بمـــا في يد صاحبه، وصاحبه لا يبذله بغير عوض، ففي مشروعيته طريق إلى وصول كل واحد منهما إلى غرضه ودفع حاجته[4].

والمعقــود عليه في عقد البيع هو المبيع (السلعة) والثمن[5]، واختلف الفقهاء في أثر تلف كل منهما على عقد البيع، وذلك على النحو التالي :

تلــف المبيع كله قبل القبض :- تلف المبيع قبل القبض إما أن يكون بآفة سماوية أي : مـــا لا صنع للانسان فيها كالغرق، والحرق، والبرد والحر الشديدين[6]، أو بفعل المبيع نفسه، أو بفعـــل البائع أو المشتري أو أجنبي، وقد اختلف الفقهاء في أثر هذا التلف على عقد البيع تبعاً لمن يصدر عنه، واختلافهم هذا جاء على النحو التالي :

١) **الـــتلف بآفة سماوية أو بفعل المبيع نفسه :** للفقهاء في هذه المسألة ثلاثة أقوال جاءت على النحو الآتي :

---

(١) الموصلي : الاختيار ج٢/٤، ابن قدامة: المغني ج٣/ ص٥٦٠.

(٢) سورة البقرة : آية رقم (٢٧٥).

(٣) هـــذا الحديـــث أخرجه : البخاري : صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب إذا بين البيعان ولم يكتما ونصحا، حديث رقم (١٩٧٣)، ج٢/ ص٧٣٢، وبـــاب مـــا يمحق الكذب والكتمان في البيع، حديث رقم (١٩٧٧٦)، ج٢/ ص٧٣٣، وباب : البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، حديث رقم (٢٠٠٤)، ج٢/ ص٧٤٣، ومسلم : صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب الصدق في البيع والبيان، حديث رقم (١٥٣٢)، ج٣/ ص١١٦٤.

(٤) الشيرازي، المهذب ج١/ ص٢٦٤، ابن قدامة : المغني ج٣/ ص٥٦٠.

(٥) الشربيني : مغني المحتاج ج٢/ ص٦، البهوتي : شرح منتهى الإرادات ج٢/ ص١٤٠-١٤١.

(٦) ابن عابدين : رد المحتار على الدر المختار ج٤/ ص١٩٠، ابن مفلح : المبدع ج٤/ ص١٧٠.

القول الأول : وهو لجمهور الفقهاء من : الحنفية[1]، والشافعية[2]، ورواية للحنبلية[3]: إن عقد البيع ينفسخ بتلف المبيع قبل القبض بآفة سماوية أو بفعل المبيع نفسه بأن كان حيواناً فقتل نفسه، والضمان على البائع، ويسقط الثمن عن المشتري، لأن المبيع قبل قبضه من ضمان بائعه.

قال السمرقندي من الحنفية[4] : "ولو هلك المبيع قبل التسليم فالهلاك يكون على البائع، يعني : يسقط الثمن وينفسخ العقد " ومثله جاء في فتح العزيز للرافعي من فقهاء الشافعية[5].

واحتج أصحاب هذا القول بأدلة من السنة النبوية والمعقول : أما من السنة النبوية: فقول النبي ﷺ: "لا يحلّ سلف[6] وبيع، ولا شرطان[7] في بيع، ولا ربح ما لم يضمن"[8]، ووجه الاستدلال بالحديث أنه نهى عن ربح ما بيع قبل القبض؛ لأن ربح ما بيع بعده من ضمان المشتري بالاتفاق.

---

(1) الكاساني : بدائع الصنائع ج٥/ ص٢٣٨، ابن عابدين : حاشية رد المحتار ج٤/ ص٥٦٠.

(2) الرملي : نهاية المحتاج ج٤/ ص٧٦ فما بعدها، النووي : روضة الطالبين ج٣/ ص٤٩٩.

(3) ابن قدامة : المغني ج٤/ ص١٢٤، ابن مفلح : المبدع ج٤/ ص١١٨.

(4) تحفة الفقهاء ج٢/ ص٤١، الناشر: دار الكتب العلمية -بيروت، ط (١) سنة ١٤٠٥هـ .

(5) فتح العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير ج٤/ص٢٨٦-٢٨٧، تحقيق : الشيخ علي محمد عوض والشيخ عادل عبد الموجود، الناشر : دار الكتب العلمية – بيروت، ط (١) سنة ١٤١٧هـ – ١٩٩٧م.

(6) السلف : القرض: وهو أن يقرضه قرضاً ثم يبايعه عليه بيعاً يزداد عليه، وهو فاسد؛ لأنه إنما يقرضه على أن يحابيه في الثمن، وقد يكون السلف بمعنى السلم مثل أن يقول : أبيع عبدي هذا بألف على أن تسلفني مائة في كذا وكذا، انظر : الشوكاني : نيل الأوطار ج٥/ ص٢٨٣.

(7) شرطان في بيع مثل : أن يقول البائع للمشتري : بعتك هذا العبد بألف نقداً أو بألفين نسيئة فهذا بيع واحد تضمن شرطين يختلف المقصود فيه باختلافهما، انظر : الشوكاني : نيل الأوطار ج٥/ ص٢٨٣-٢٨٤.

(8) الحديث أخرجه أبو داود، سنن أبي داود، كتاب البيوع، باب في الرجل يبيع ما ليس عندك، حديث رقم (٣٥٠٤)، ج٣/ ص٢٨٣ والترمذي : سنن الترمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، حديث رقم (١٢٣٤)، ج٣/ ص٣٣٥ وقال : هذا حديث حسن صحيح، والنسائي : سنن النسائي، كتاب البيوع، باب بيع ما ليس عند البائع، حديث رقم (٦٢٢٦) و (٦٢٢٧)، ج٤/ ص٤٣، وابن ماجة : سنن ابن ماجة، كتاب التجارات، باب النهي عن بيع ما ليس عندك وعن ربح ما لم يضمن، حديث رقم (٢١٨٨)، ج٢/ ص٧٣٧ بلفظ : " لا يحل بيع ما ليس عند ولا ربح ما لم يضمن"، والحاكم: المستدرك ج٢/ ص٢١، وهذا الحديث : صححه الترمذي، وابن خزيمة، والحاكم، وأخرجه أيضاً الخطابي والطبراني، واستغربه النوري وابن أبي النوارس. انظر : الصنعاني: سبل السلام ج٣/ ص١٦، والشوكاني: نيل الأوطار ج٥/ ص ٢٨٣.

أما المعقول : فإن القول بعدم انفساخ العقد يستوجب مطالبة البائع للمشتري بالثمن، وإذا طالــبه بالثمن فالمشتري يطالبه بتسليم المبيع، وهو عاجز عن التسليم فتمتنع المطالبة أصلاً، فلم يكــن في استمرار وبقاء العقد فائدة فينفسخ، ويترتب على ذلك سقوط الثمن عن المشتري إن كان في الذمة، وإن كان مقبوضاً وجب على البائع رده؛ لأن انفساخ البيع ارتفاعه من الأصل كأن لم يكن[١].

القــول الثانـــي: وهــو للمالكية[٢]، والحنبلية في ظاهر المذهب[٣]: إن العقد لا ينفسخ بتلف المبــيع قــبل القبض؛ لأن ضمان المبيع ينتقل إلى المشتري بالعقد الصحيح اللازم ولو لم يقبضه المشـــتري، ويستثنى من ذلك ما كان فيه حق الاستيفاء لمشتريه – وهو المال المثلي من مكيل أو مـــوزون أو معدود – فإنه لا يدخل في ضمان المشتري إلا بالقبض، فإذا تلف قبل ذلك فإن العقد ينفسخ، وألحق الحنبلية بالمكيل والموزون والمعدود ما بيع برؤية أو صفة متقدمة.

أمـــا إذا كـــان المبيع مما ليس فيه حق توفية لمشتريه – وهو القيمي كالحيوان والعقار – فإن العقد لا ينفسخ بتلفه عندهم والضمان على المشتري[٤]، واحتجوا لقولهم بما روي عن رسول الله ﷺ أنـــه قـــال : "الخراج بالضمان"[٥]، ووجه الاستدلال بالحديث : أن ما لا يتعلق به حق توفيه قبل قبضه خراجه ــ أي غلته ونماؤه ــ للمشتري فضمانه عليه.

---

(١) الكاساني : بدائع الصنائع ج٥/ ص٢٣٨، الشيرازي : المهذب ج١/ ص٣٠٣، الشربيني : مغني المحتاج ج٢/ ص٨٧.

(٢) الدردير: الشرح الصغير ج٣/ ص١٩٥-١٩٦، ابن جزي : القوانين الفقهية ص١٦٤.

(٣) ابن قدامة : المغني ج٤/ ص١٢١-١٢٥، البهوتي : كشاف القناع ج٣/ ص٢٤٢-٢٤٣.

(٤) المراجع السابقة .

(٥) الحديــث أخرجه الخمسة : أبو داود : سنن أبي داود، كتاب البيوع باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً، حديــث رقم (٣٥٠٨) و (٣٥٠٩) و (٣٥١٠)، ج٣/٢٨٤، والنسائي: سنن النسائي، كتاب البيوع، باب الخراج بالضمان، حديث رقم (٦٠٨١)، ج٤/ ص١١، والترمذي : سنن الترمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد فيه عيباً، حديث رقم (١٢٨٥)، ج٣/ ص٥٨١، وابن ماجة : سنن ابن ماجة، كتاب التجارات، باب الخراج بالضمان، حديــث رقــم (٢٢٤٢) و (٢٢٤٣)، ج٢/ ص٧٥٤، وابــن حنبل: المسند ج٦/٤٩. والحاكم : المستدرك ج٢/ ص١٨. وأخرجه أيضاً الشافعي وأبو داود الطيالسي، وصححه الترمذي، وابن حبان، وابن الجارود، والحاكم، وابن القطان، وابن=

القول الثالث : وهو قول الظاهرية : أن العقد لا ينفسخ بتلف المبيع قبل القبض، لأنه من ضمان المشتري .

قـــال ابن حزم الظاهري : "كل بيع صح وتمّ فهلك المبيع إثر تمام البيع فمصيبته من المبتاع، ولا رجوع له على البائع "[1].

الترجيــــح :

بعد النظر في أقوال الفقهاء وآرائهم في هذه المسألة أرى أن ما ذهب إليه جمهور الفقهاء هو الـــراجح؛ لقـــوة حجـــتهم ذلك أن البائع عاجز عن تسليم المبيع للمشتري؛ فلا فائدة في استمرار العقد، والله أعلم .

٢) **تلف المبيع بفعل البائع :** اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال :

القول الأول : وهو للحنفية [٢]، والشافعية في الصحيح من المذهب[٣] : إذا كان التلف بفعل الـــبائع فـــإن العقد ينفسخ ويسقط الثمن عن المشتري كالتلف بآفة سماوية، وحجتهم في ذلك : أن المبـــيع في يد البائع بأحد الضمانين وهو الثمن، ألا ترى أنه لو هلك في يد البائع سقط الثمن عن المشتري فلا يكون مضموناً بضمان آخر إذ المحل الواحد لا يقبل الضمانين كما علله الحنفية.

القـــول الثانـــي : وهو قول المالكية [٤]: أن العقد لا ينفسخ بتلف المبيع بفعلٍ من البائع بل إتلافه يوجـــب الغرم للمشتري أي : قيمة القيمي ومثل المثلي، سواء أكان الإتلاف عمداً أم خطأ، وهذا في البيع البت.

=خزيمة، وله في سنن أبي داود ثلاثة طرق اثنتان رجالهما رجال الصحيح، والثالثة قال أبو داود أن إسنادها ليس بذاك، وضعفه البخاري . انظر : الشوكاني : نيل الأوطار ج٥/ ص٣٢٦.

[١] المحلى ج٨/ ص٣٧٩.

[٢] الكاساني : بدائع الصنائع ج٥/ ص٢٣٨، ابن عابدين : حاشية رد المحتار ج٤/ ص٥٦٠.

[٣] الرملي : نهاية المحتاج ج٤/ ص٨١، الرافعي: فتح العزيز ج٤/٢٨٩، النووي : روضة الطالبين ج٣/ ص٥٠٠.

[٤] الدسوقي : حاشية الدسوقي ج٣/ ص١٠٥ و ١٥٠-١٥١، الدردير : الشرح الصغير ج٣/ ص٢٠٣.

أما إذا كان البيع يشتمل على خيار الشرط، فإما أن يكون الخيار للبائع أو المشتري، فإذا كان للبائع انفسخ البيع سواء أكان الإتلاف عمداً أم خطأ .

وإذا كـان الخيار للمشتري وكان إتلاف البائع للمبيع عمداً ضمن البائع للمشتري الأكثر من الثمن أو القيمة. وأما إذا كان إتلاف البائع للمبيع خطأ فينفسخ البيع .

القـول الثالث : وهو قول الحنبلية[1]: إذا كان المبيع مكيلاً أو موزوناً أو معدوداً ونحوه فـإن العقـد لا ينفسخ، ويخير المشتري بين الفسخ وأخذ الثمن الذي دفعه إن كان، وبين إمضاء البـيع ويطالب المشتري البائع بمثله إن كان مثلياً وإلا فبقيمته؛ لأن الإتلاف عيب وقد حصل في موضع يلزم البائع ضمانه، فكان للمشتري الخيار كالعيب في المبيع.

أمـا إذا لـم يكـن المبيع مكيلاً أو موزوناً أو نحوهما فلم ينفسخ البيع؛ لأنه في ضمان المشتري ويطالب المشتري البائع بالقيمة.

التـرجيح :

بعد استعراض أقوال الفقهاء في هذه المسألة أرى أن الراجح هو ما ذهب إليه أصحاب القول الأول وهم الحنفية والشافعية لقوة حجتهم، والله أعلم.

٣) **تلـف المبـيع بفعل المشتري** : اتفق الفقهاء[2] على أن المشتري إذا أتلف المبيع كله فلا ينفسـخ العقـد ويسـتقر على المشتري الثمن، ووجه قولهم هذا : إن المشتري بالإتلاف صـار قابضـاً كل البيع، بدليل أن المشتري لا يمكنه إتلاف المبيع إلا بعد أن تثبت يده عليه، وهذا هو معنى القبض فيستقر عليه الثمن.

---

[1] ابن قدامة : المغني ج٤/ ص١٢٣ فما بعدها، البهوتي : كشاف القناع ج٣/ ص٢٤٣، ابن مفلح: المبدع ج٤/ ص١١٨.

[2] السمرقندي : تحفة الفقهاء ج٢/ ص٤١، الكاساني : بدائع الصنائع ج٥/ ص٢٣٨، الدردير: الشرح الصغير ج٣/ ص ٢٠٣، الدسـوقي: الحاشية ج٣/ ص١٥٠، الغزالي: الوسيط ج٣/ ص١٤٣، الرافعي: فتح العزيز شرح الوجيز ج٤/ ص ٢٨٨، ابن قدامة : المغني ج٤/١٢٣، البهوتي: الكشاف ج٣/ص٢٤٣، ابن المرتضى: البحر الزخار ج٤/ ص٣٦٨-٣٦٩.

٤) **التلف بفعل أجنبي** : اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

القــول الأول : وهــو لجمهــور الفقهاء من الحنفية [١]، والشافعية في الأظهر عندهم[٢]، والحنبلـية [٣]: إن المشــتري بالخــيار إن شاء فسخ العقد فيعود المبيع إلى ملك البائع فيتبع الجانــي فيضــمنه مــثله إن كان مثلياً وقيمته إن كان قيمياً، وإن شاء أقرّ البيع فأتبع الجاني بالضــمان وأتــبعه الــبائع بالثمن. والسبب في وجوب الضمان على الجاني؛ أنه أتلف مالاً مملوكــاً لغيره بغير إذنه، لا بد له عليه فيكون مضموناً عليه بالمثل أو القيمة، وقيده الحنبلية فيما إذا كان المبيع مكيلاً أو موزوناً أو نحوهما. أما إذا لم يكن كذلك فضمانه على المشتري ويتــبع الجاني بالضمان، وليس للمشتري الخيار في هذه الحالة، وذلك مثل قولهم بتلف المبيع بفعل البائع.

القــول الثاني : وهو قول المالكية[٤]: إنَّ تَلَفَ المبيع بفعل أجنبي يوجب للمشتري الغرم أي: قيمة القيمي ومثل المثلي سواء أكان الإتلاف عمداً أم خطأ .

الترجيــح :

أرى أن الراجح في هذه المسألة هو قول جمهور الفقهاء من أن المشتري بالخيار ولا ضمان عليه ،لأن المبيع لم يتلف في يده والضمان إنما يكون على المتلف ،والله أعلم .

تلف المبيع كله بعد القبض

إذا قــبض المشــتري المبيع وتلف في يده، سواء أكان التلف بآفة سماوية أم بفعل المبيع نفســه كــأن يقــتل حــيوانٌ نفســه، أم بفعل من المشتري نفسه أم غير ذلك فإن العقد لا ينفسخ

---

(١) الكاساني : بدائع ج/ ص٢٣٨ فما بعدها، ابن عابدين: حاشية رد المحتار ج٤/ ص٥٦٠.

(٢) النووي : روضة الطالبين ج٣/ ص٥٠٠، الشيرازي : المهذب ج١/ ص٣٠٣.

(٣) ابن قدامة : المغني ج٤/ ص١٢٣ فما بعدها، البهوتي : الكشاف ج٣/ ص٢٤٣ فما بعدها.

(٤) الدسوقي : الحاشية ج٣/ ص١٥٠، الدردير : الشرح الصغير ج٣/ ص٢٠٣.

والضـــمان علـــى المشتري وعليه الثمن لأن البيع تقرر بقبض المبيع فتقرر الثمن، وهذا باتفاق الفقهاء[١].

هذا وقد فرّق الحنفية فيما إذا تلف المبيع بعد قبضه بفعل البائع بين أمرين :

الأول: إن كان المشتري قد قبضه بإذن البائع فاستهلكه فاستهلاكه واستهلاك الأجنبي سواء.

الثانـــي: إن كان قبضه بغير إذن البائع صار البائع بالاستهلاك مسترداً للمبيع، فحصل الاستهلاك في ضمانه فيوجب بطلان البيع وسقوط الثمن كما لو استهلكه وهو في يده[٢].

هــذا وقــد نصـّـت المادة (٢٩٤) من مجلة الأحكام العدلية على ذلك وفيها: (إذا هلك المبيع بعد القبض هلك من فعال المشتري ولا شيء على البائع) [٣].

تـــلف الثمـــــن :

ذكـــر الحنفـــية[٤] أن عقد البيع لا ينفسخ بتلف الثمن إذا كان عيناً مثلياً قبل قبضه، لأنه يمكن تسليم مثله، بخلاف المبيع، لأنه عين وللناس أغراض في الأعيان.

أما إذا تلف الثمن وليس له مثل في الحال بأن كان شيئاً مما ينقطع عن أيدي الناس، وقد كان موجوداً وقت العقد ثم انقطع قبل القبض فهذا فيه خلاف.

وذكروا أيضاً أنه لا أثر لتلف الثمن في انفساخ العقد إذا لم يكن عيناً كالدراهم أو الدنانير

---

(١) الكاســاني : بدائع الصنائع ج٥/ ص٢٣٩، الكشناوي : أسهل المدارك ج٢/ ص٥٦، ابن جزي : القوانين الفقهية ص ١٦٤، الشــربيني: مغنــي المحتاج ج٢/ ص٧٣ ، البهوتي : كشاف القناع ج٣/ ص٢٠٦-٢١٠، ابن المرتضى : البحر الــزخار ج٤/ ص٣٦٩، أطفــيش : محمد بن يوسف بن عيسى أطفيش : شرح النيل وشفاء العليل ج٨/ ص٥١٤-٥١٦، الناشر : مكتبة الإرشاد، المحقق: شرائع الإسلام ج١/ ص١٧٠، ابن حزم : المحلى ج٨/ ص٣٧٩.

(٢) الكاساني : البدائع ج٥/ ص٢٣٩.

(٣) حيدر : درر الحكام شرح مجلة الأحكام ص٢٣٦.

(٤) السمرقندي : تحفة الفقهاء ج٢/ ص٣٩.

لأنــه ليس مقصوداً في العقد، ولأن الدراهم والدنانير لا تتعينان بالتعيين[1] في عقود المعاوضات ومنها البيع.

أمــا الشافعية[2] والحنبلية[3] فقد صرحوا بأن عقد البيع ينفسخ بتلف الثمن المعين – وهو مــا لم يكن في الذمة – دراهم أو دنانير أو غيرهما، لأن عينه في هذه الحال مقصودة في العقد كالمبيع. وأما إذا كان الثمن في الذمة فإن عقد البيع لا ينفسخ بتلفه، لأنه يمكن للبائع أخذ بدله.

ثانــياً: العقود المستمرة [4]: هذا النوع من العقود لتلف المعقود عليه أثر في انفساخها، ســواء أكــان التلف قبل القبض أم بعده، وهذا ما اتفق عليه الفقهاء في الجملة. وسأتناول في هذا المجال أمثلة على هذا النوع من العقود ومنها :

أولاً : عقــد الإجــارة : الإجــارة لغــة[5] : من أَجَرَ يَأْجِرُ، وهو ما أعطيت من أجْرٍ في عمل، والأجْر : الثواب، أو الجزاء على العمل، والجمع : أجور، والإجارة : اسم للأجرة، وهي الكراء للأجير، ويقال : أعطيته إجارته أي : أجرته .

أما اصطلاحاً فهي : تمليك المنافع بعوض [6]:

والإجــارة عقــد من العقود المشروعة بالكتاب والسنة والإجماع، فمن الكتاب قوله تعالى : "قَالَــتْ إِحْدَاهُمَا يَا أَبَتِ اسْتَأْجِرْهُ إِنَّ خَيْرَ مَنْ اسْتَأْجَرْتَ الْقَوِيُّ الأَمِينُ"[7]، ومن السنة قوله ﷺ :

---

[1] الدراهــم والدنانــير لا تتعينان بالتعيين معنى ذلك : لو قال شخص : اشتريت بهذه الدراهم أو الدنانير كذا وكذا، فهنا يجوز له أن يدفعها أو أن يدفع غيرها مثلها، فالعقد لا يقع على هذه الدراهم والدنانير بعينها.

[2] القليوبي وعميرة : شهاب الدين أحمد بن سلامة القليوبي ت (١٠٦٩هــ) وشهاب الدين أحمد البرلسي الملقب "بعميرة" ت (٩٥٧هــ) : حاشيتا القليوبي وعميرة على كنز الراغبين شرح منهاج الطالبين، ج٢/ ص٣٣٩، ضبطه وصححه وخرج آياته : عبد اللطيف عبد الرحمن، الناشر : دار الكتب العلمية – بيروت، ط (١) سنة ١٤١٧هــ - ١٩٩٧.

[3] البهوتي : شرح منتهى الإرادات ج٢/ ص١٨٩، المرداوي : الإنصاف ج٤/ ص٤٥٧.

[4] لطفاً : انظر في بيان المقصود بالعقود المستمرة ١٣ من هذا البحث.

[5] ابن منظور : لسان العرب ج١/ ص٢٤، مادة (أجر)، الفيومي : المصباح المنير ج١٤/ ص٦ -٧.

[6] الاختيار : الموصلي ج٢/ ص٧٧، الشربيني : مغني المحتاج ج٢/ ص٤٢٧.

[7] سورة القصص : آية رقم (٢٦).

"ثلاثـــة أنا خصمهم يوم القيامة : رجل أعطى بي ثم غدر[1]، ورجل باع حراً فأكل ثمنه، ورجل اســـتأجر أجـــيراً فاستوفى منه ولم يعطه أجره "[2]. وأجمع أهل العلم على جواز الإجارة، ولأن الإجارة تحقق حاجة الناس إلى المنافع وحاجة الملاك إلى المال[3].

والمعقـــود علـــيه فـــي عقـــد الإجـــارة هو المنافع على قول أكثر أهل العلم[4]، وليس العين المســـتأجرة؛ لأن المســـتوفى بالعقد هو المنافع دون الأعيان، ولأن الأجر في مقابله المنفعة وما كـــان العـــوض فـــي مقابلته فهو المعقود عليه، وإنما أضيف العقد إلى العين لأنها محل المنفعة ومنشؤها[5].

تلف العين المستأجرة قبل القبض وبعده

من استأجر عيناً مدة من الزمن فتلفت كدابة ماتت كما نص الفقهاء، أو سيارة تلفت في وقتنا الحاضر انحرقت، فهو لا يخلو من حالات ثلاث :

الأولـــى : أن تـــتلف العين قبل قبضها وباتفاق الفقهاء فإن عقد الإجارة ينفسخ؛ لأن المعقود عليه تلف قبل قبضه فأشبه ما لو تلف الطعام قبل قبضه[6].

---

(1) أعطـــى بـــي ثم غدر المقصود بها أي : أعطى يمينه بي أي : عاهد وصله بالله ثم لم يفِ . انظر : الشوكاني : نيل الأوطار ج٦/ ص٣٥.

(2) الحديـــث أخـــرجه : البخاري : صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب إثم من باع حراً وباب إثم من منع أجر الأجير، حديث رقم (٢١١٤) و (٢١٥٠)، ج٢/ ص٧٧٦ و ٧٩٢.

(3) ابن قدامة : المغني ج٥/ ص٤٣٢.

(4) الموصلي : الاختيار ج٢/ ص٧٧، الكشناوي : أسهل المدارك ج٢/ص١١٧، الشربيني : مغني المحتاج ج٢/ ص٤٢٨، ابن قدامة : المغني ج٥/ ص٤٣٣.

(5) ابن قدامة : المغني ج٥/ ص٤٣٤.

(6) الشـــيخ نظام وجماعة من علماء الهند : الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة، وبهامشه فتاوى قاضيخان والفـــتاوى البزازية ج٤/ ص٤٦١، الناشر : دار المعرفة – بيروت ، الدردير : الشرح الصغير ح٤/٤٩ وبهامشه حاشية الصاوي، النووي : روضة الطالبين ج٥/ ص٢٤١، الرافعي : فتح العزيز شرح الوجيز ج١٦٤/٦، ابن قدامة: المغني ج٥ / ص٤٥٣، ابن المرتضى : البحر الزخار ج٥/ ص٥٩، المحقق : شرائع الإسلام ج١/ ص٢٣٥.

الثانـية : أن تـتلف العين عقيب القبض، قبل مضي مدة لمثلها أجر، فإن العقد هنا ينفسخ أيضاً ويسـقط الأجـر وهذا أيضاً باتفاق الفقهاء؛ لأن المعقود عليه هو المنافع، وقبضها باستيفائها، أو التمكن من استيفائها ولم يحصل ذلك، فأشبه ما لو تلفت قبل القبض[1].

الثالـثة : أن يحصل التلف بعد القبض وذلك بمضي شيء من مدة العقد فإن عقد الإجارة ينفسخ فيما بقي من المدة دون ما مضى، ويكون للمؤجر من الأجر بقدر ما استُوفِيَ من المنفعة أو بقدر ما مضى من المدة، وهو ما اتفق عليه الفقهاء أيضاً[2].

هـذا وقـد يقع على العين المستأجرة ما يؤدي إلى تلف وفوات المنفعة بالكلية كمن استأجر داراً فانهدمـت وأصـبحت غير صالحة للسكنى، فقد اختلف الفقهاء في أثر هذا التلف على عقد الإجارة وذلك على قولين :

القـول الأول وقال به: جمهور الفقهاء: [3] إن العقد ينفسخ بانهدام الدار لأن المنفعة المطلوبة مـن الـدار قـد بطلت بالسقوط، إذ المطلوب من الدار الانتفاع بالسكنى وقد بطل ذلك، فقد هلك المعقود عليه –المنفعة– فينفسخ العقد، هذا إذا انهدمت الدار قبل القبض، أما إذا انهدمت في أثناء المدة المتفق عليها في العقد فإنه ينفسخ في المدة الباقية دون ما مضى على نحو ما ذكر سابقاً.

القول الثاني : وهو لبعض الحنفية[4]، ورواية عند الشافعية[5]: إن العقد لا ينفسخ لكن يثبت للمسـتأجر حق الفسـخ، لأن أصل المعقود عليه لا يفوت؛ لأن الانتفاع بالعَرَصَة (أرض

---

(1) المراجع السابقة .

(2) المراجع السابقة.

(3) الكاساني : بدائع الصنائع ج٤/ ص١٩٦، ٢٢٣، الدردير الشرح الصغير ج٤/ص٤٩، الكشناوي أسهل المدارك ج٢/ ص١٢٢، النووي: روضة الطالبين ج٥/ص٢٤١-٢٤٢، ابن قدامة : المغني ج٥/٤٥٤، ابن حزم: المحلى ج٨/١٨٧، ابن المرتضى: البحر الزخار ج٥/ص٥٩، المحقق: شرائع الإسلام ج١/ص٢٣٥.

(4) الكاساني : بدائع الصنائع ج٤/ ص١٩٦، الموصلي : الاختيار ج٢/ ص٩٤.

(5) النووي : روضة الطالبين ج٥/ ص٢٤١ فما بعدها، الغزالي : الوسيط ج٤/ ص١٩٨.

المبـــنى) ممكن بدون البناء كأن يضرب فيها خيمة، إلا أنه ناقص، فصار كالعيب فيستحق الفسخ هــذا مــن جهة، ومن جهة أخرى فإن المعقود عليه وإن فات كله بانهدام الدار إلا أنه فات على وجه يتصور عوده، وهذا يكفي لبقاء العقد.

واعــترض أصـــحاب القــول الأول على الثاني بأن : المنفعة المطلوبة من الدار قد بطلت، وضرب الخيمة ليس بمنفعة مطلوبة من الدار عادة فلا يعتبر بقاؤه لبقاء العقد[١].

الترجيــــح :

بالـــنظر إلـــى أقوال الفقهاء أرى أن ما ذهب إليه أصحاب القول الأول من انفساخ العقد هو الـــراجح؛ لأن المـــنفعة المطلوبة من الدار قد زالت بالكلية فلا فائدة من استمرار العقد مع فوات المعقود عليه، والله أعلم .

ثانـــياً : عقـــد الشـــركة: وهي لغة : الاختلاط ، يقال : شاركت فلاناً أي : صرت شريكه، ويقال: شَرِكَهُ في البيع والميراث أَشْرَكَه شَرِكَةً أي خلط نصيبه بنصيبه، أو اختلط نصيبهما[٢].

أما اصطلاحاً فهي : عقد بين المتشاركين في الأصل والربح[٣]، وهي مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول :

أما الكتاب : فقد وردت آيات عدة تدل على مشروعيتها منها قـــوله تعالى :" فَهُمْ شُرَكَاءُ فِـــي الثُّلُـــثِ"[٤]، وقـــوله تعالى في قصة ــ داود عليه السلام ــ مع الخصمين :" وَإِنَّ كَثِيرًا مِنْ

---

(١) الكاساني : البدائع ج٤/ ص١٩٦.

(٢) ابن منظور : لسان العرب ج٢/ ص٣٠٦ مادة (شرك)، الموسوعة الفقهية ج٢٦/ ص٢٠.

(٣) داماد : مجمع الأنهر ج١/ ص٧٢٢.

(٤) سورة النساء : الآية رقم (١٢).

الْخُلَطَــاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ "[1]، والخلطاء هم الشركاء[2]، هذا وإن كان شرع قبلنا فهو شرع لنا إذا لم يأتِ في شريعتنا ما ينسخه [3].

وأمـــا السنة : فمنها الحديث القدسي الذي رواه أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنـــه قـــال : "يقول الله عزوجل : أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه فإذا خانه خرجت مـــن بيـــنهما "[4]. ووجه الاستدلال بالحديث : أن الله تعالى يضع البركة للشريكين في مالهما مع عـــدم الخـــيانة، ويمدهما بالرعاية والمعونة، ويتولى الحفظ لمالهما، فإذا حصلت الخيانة نزع الله تعالى البركة من مالهما، وفي هذا دليل على جواز الشركة مع عدم الخيانة [5].

وأما الإجماع : فقد تعامل الناس بالشركة من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا من غير نكير فكان ذلك إجماعاً[6].

وأمـــا المعقول : فإن الحاجة تدعو إليها نظراً إلى حاجة العباد إلى استنماء المال، وهذا النوع مـــن العقـــود يعتـــبر طـــريقاً صـــالحاً للاستنماء فكان مشروعاً، فبها تستثمر الأموال، وتستغل المواهب، وتشغل الأيدي العاطلة عن العمل، وفي هذا تحقيق للتعاون بين أفراد المجتمع[7].

---

[1] سورة ص : الآية رقم (٢٤).

[2] الشوكاني: محمد بن علي الشوكاني ت (١٢٥٠هـ): فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية في علم التفسير ج٤/ ص٤٢٦، الناشر : دار الفكر – بيروت .

[3] ابن قدامة : المغني ج٥/ ص٣.

[4] هذا الحديث أخرجه : أبو داود : سنن أبي داود، كتاب البيوع، باب في الشركة، حديث رقم (٣٣٨٣)، ج٣/ ص٢٥٦ وصححه الحاكم في : المستدرك على الصحيحين، كتاب البيوع، حديث رقم (٢٣٢٢) ، ج٢/ ص٦٠ وأعلّه الدارقطني : أبو الحسن علي بن عمر الدارقطني البغدادي ت (٣٨٥هـ) : سنن الدراقطني، كتاب البيوع، حديث رقم (١٣٩)، ج٣/ ص ٣٥، تحقيق : عبد الله هاشم يماني مدني، الناشر : دار المعرفة – بيروت، طبعة سنة ١٣٨٦هـ – ١٩٦٦م. هذا الحديث أعلّه أيضاً ابن القطان بالجهل بحال سعيد بن حيان، وبالإرسال فلم يذكر فيه أبا هريرة، وقال : إنه الصواب، وسكت عنه أبو داود . انظر : الصنعاني : سبل السلام ج٣/ ص٦٤، والشوكاني : نيل الأوطار ج٥/ ص٣٩٠.

[5] الصنعاني : سبل السلام ح٣/ ص٦٤، الشوكاني : نيل الأوطار ج٥/ ص٣٩٠.

[6] السرخسي : المبسوط ج١١/ ص١٥٥، ابن قدامة : المغني ج٥/ ص٣.

[7] الكاساني : بدائع الصنائع ج٦/ ص٥٨، الخياط : د. عبد العزيز الخياط : الشركات في الشريعة الإسلامية ج١/ ص٦٤ – ٦٥، الناشر : مؤسسة الرسالة – بيروت، ط (٤) سنة ١٤١٤هـ – ١٩٩٤م.

وعقــد الشــركة عقد جائز من الطرفين، يحق لكل شريك أن يفسخ العقد متى شاء، وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من : الحنفية[١]، وابن رشد من المالكية[٢]، والشافعية[٣]، والحنبلية[٤].

أما المالكية في المشهور من المذهب فإن الشركة تلزم بالعقد[٥].

والشركة في الفقه الإسلامي على ضربين [٦]: شركة ملك، وشركة عقد. وشركة الملك يقصد بها. أن يكون الشيء مشتركاً بين اثنين أو أكثر بسبب من أسباب التملك كالوصية والهبة والإرث والشــراء، أو اختلاط الأموال بصورة لا تقبل التمييز، وهي بذلك إما أن تكون إجبارية مثل : أن يــرث شخصان مالاً، وإما اختيارية كما لو أوصى شخص بمال لاثنين أو أكثر فقبلا الوصية، أو أن يتملك اثنان مالاً بالشراء.

أمــا شركة العقد – وهي المقصودة بالبحث هنا– فقد ذكرت تعريفها سابقاً. وهي تنقسم إلى أربعة أقسام هي[٧]:

١– شركة أموال : وهي التي تعتمد على المشاركة في رأس المال، وذلك بأن يقدم كل واحد من الشركاء حصة معينة في رأس المال.

---

(١) الكاساني : بدائع الصنائع ج٦/ ص٧٧.

(٢) بداية المجتهد ج٢/ ص٢٥٥-٢٥٦.

(٣) الشربيني : مغني المحتاج ج٢/ ص٢٧٩، الرملي : نهاية المحتاج ج٥/ ص١٠ .

(٤) ابن قدامة : المغني ج٥/ ص٢٤.

(٥) الدردير : الشرح الصغير ج٣/ ص٤٦٣، الدسوقي : حاشية الدسوقي ج٣/ ص٣٤٨.

(٦) المرغيناني : الهداية ج٣/ ص٣، ابن جزي : القوانين الفقهية ص١٨٧، الشربيني : مغني المحتاج ج٢/ ص٢٧٥، ابن قدامــة : المغنــي ج٥/ ص٣، المرتضى : عيون الأزهار ص٣٢٩، المحقق : شرائع الإسلام ج١/ ص٢١٤، الخياط : الشركات في الشريعة الإسلامية ج١/ص٣٨ فما بعدها.

(٧) الموصــلي : الاختــيار ج٣/ ص١٧ فمــا بعدها، الخياط : الشركات في الشريعة الاسلامية ج٢/ ص٨-١١، د.كامل موسى: أحكام المعاملات ص٣٣٠ و ص٣٤٢، الناشر : مؤسسة الرسالة – بيروت، ط(٢) سنة ١٤١٥هـ – ١٩٩٤م.

٢- شـــركة أعمال: وتسمى أيضاً شركة أبدان أو صنائع، وهي تقوم على أساس أن يشترك اثـــنان أو أكثر بما يتقنوا من عمل أو حرفة أو صنعة كالحدادين أو النجارين ونحوهما، على أن تكون الأجور التي يستحقونها فيما بينهم على ما اتفقوا.

٣- شـــركة وجوه : وتسمى أيضاً شركة المفاليس، وهي تقوم على اشتراك رجلين أو أكثر، ولا مـــال لهـــم علـــى أن يشتروا بوجوههم نقداً ونسيئة، ويكون الربح بينهما، وسميت بـــالوجوه؛ لأنهـــا تعـــتمد على وجاهة كل من الشريكين، وثقة الناس به، ومكانته بينهم، وأمانته عندهم.

وكـــل قسم من هذه الأقسام الثلاثة تكون إما شركة مفاوضة[١]، وإما شركة عنان[٢]. وبعض هـــذه الشركات متفق على جوازها بين الفقهاء وبعضها مختلف فيه، وتفصيل ذلك ينظر في محله من كتب الفقه الإسلامي.

٤- شركة مضاربة : وسيتم بيان ذلك في صفحات لاحقة .

تلـــف المعقـــود علـــيه فـــي عقد الشركة: المعقود عليه في عقد الشركة هو[١]: رأس المال والعمـــل. والمـــال إما أن يكون نقداً من الذهب والفضة، أو ما في حكمهما من الفلوس والأوراق الـــنقدية، وإمـــا أن يكون حقاً عينياً كالعقار أو العروض من مكيل أو موزون أو معدود، وإما أن يكون حقاً من حقوق الملكية المعنوية كملكية فنية أو صناعية.

والعمل إما أن يكون من الطرفين المشتركين، أو من جانب واحد.

---

[١] شركة المفاوضة : وهي أن يشترك اثنان فأكثر بحيث يتساويا في مالهما ودينهما وربحهما. انظر : الموصلي : الاختيار ج٣/ ص١٨. موسى : أحكام المعاملات ص٣٣٠.

[٢] شركة العنان : وهي أن يشترك اثنان أو أكثر في عموم التجارات أو في نوع مخصص منها، بحيث يدفع كل واحد من الشركاء حصة معينة في رأس المال – ولا يشترط التساوي في الحصص فهي تصح مع التساوي ومع التفاضل – ويكون الـــربح بيـــنهما بحسب ما يتفقون عليه، والخسارة على قدر المالين. انظر : الموصلي : الاختيار ج٣/ ص٢٢ والخياط : الشركات في الشريعة الاسلامية ج٢/ ص٣١.

تلف مال الشريكين أو أحدهما

تلـــف مـــال الشـــركة يعدّ سبباً في انفساخ عقود شركات الأموال خاصة؛ لأنه بتلفه فات الأصل الذي قام عليه مثل هذا النوع من الشركات.

والأصـــل المتفق عليه بين الفقهاء أن الشريك أمين في المال الذي بين يديه، فما حصل من تلف لمال الشركة في يده بدون تعدٍ أو تفريط منه، كما لو تلف بسبب خارج عن الإرادة كآفة سماوية أو حـــريق لـــم يتسبب فيه، فإن الشركة تنفسخ ولا ضمان عليه؛ لأنه نائب عن شريكه في الحفظ والتصرف فكان التالف في يده من مال شريكه كالتالف في يده من ماله.

أمـــا إذا تلـــف مال الشركة بتعد من الشريك أو بسبب مخالفته للعقد فإن الشركة تنفسخ ويضمن الشريك المتعدي ما تلف من مال الشركة؛ لأن الأمين إذا تعدى ضمن[2].

ومن صور تلف مال الشركة : أن يتلف مال الشريكين أو أحدهما قبل أن يختلطا أو قبل الشراء، أو بعـــد أن يخـــتلطا أو بعـــد الشراء، وللفقهاء تفصيل في ذلك في مذاهبهم أعرضه على النحو الآتي:

أولاً : مذهـــب الحنفـــية [3]: إذا تلـــف مال الشريكين كله قبل الخلط أو الشراء فإن عقد الشـــركة ينفســـخ؛ لأن المعقـــود عليه في عقد الشركة هو المال المعين، لأنه يتعين بالتعيين في الشركة، وبتلف المعقود عليه ينفسخ العقد كما في عقد البيع.

---

(1) الخياط : الشركات في الشريعة الاسلامية ج١/ ص١٠٦، ١١٦.

(2) السرخسي : المبسوط ج١١/ ص١٦٧، ابن رشد: بداية المجتهد ج٢/ص٢٥٦، الشيرازي: المهذب ج١/ص٣٥٤، ابن مفلـــح : أبو عبد الله محمد بن مفلح المقدسي ت (٧٦٢هـــ) : الفروع ح٤/ص٣٠١، تحقيق : أبو الزهراء حازم القاضي، الناشر : دار الكتب العلمية –بيروت، ط (١) سنة ١٤١٨هـــ، المحقق : شرائع الإسلام ج١/ ص٢١٥، الخياط : الشركات في الشريعة الإسلامية ح١/ص٣٦٢، الزحيلي : د. وهبة : الفقه الإسلامي وأدلته ج٤/ ص٨٢٨.

(3) الكاساني : بدائع الصنائع ج٦/ ص٧٨، ابن عابدين : حاشية رد المحتار ج٤/ ص٣١٥، ابن الهمام : شرح فتح القدير ج٦/ ص١٧٩–١٨٠، السرخسي : المبسوط ج١١/ ص١٦٤، الموصلي : الاختيار ج٣/ ص٢٣-٢٤.

وكذلك ينفسخ العقد إذا تلف مال أحد الشريكين سواء أكان المالان من جنس واحد أو من جنسين قبل الخلط أو الشراء؛ لأن الشريك الذي لم يتلف ماله لم يرض بشركة صاحبه في ماله إلا ليشركه هو أيضاً في ماله بتقدير بقائه، فإذا تلف لم يكن راضياً بشركته عند عقد الشركة، فينفسخ العقد لعدم فائدته، ويكون تلف المال على ذمة صاحبه خاصة؛ لأن التالف مال ملكه أحد الشريكين بيقين، وإنه أمانة في يد صاحبه فيتلف على صاحبه خاصة.

وإذا انفسخت الشركة بتلف أحد المالين قبل الشراء، فالمال الآخر (السالم) خالص لصاحبه، وما يشتريه به بعد ذلك يكون له خاصة لا سبيل لمن تلف ماله عليه، لا من طريق الشركة لانفساخها وبطلانها، ولا من طريق الوكالة التي كانت في ضمنها؛ لأن بطلان الشركة يستتبع بطلان ما فيها من الوكالة.

أما إذا صرَّح الشريكان بالوكالة في عقد الشركة – كما لو قالا : اتفقنا على أن ما اشتراه كل منا بماله يكون مشتركاً بيننا – كان المشترى مشتركاً بينهما بحكم الوكالة المصرح بها، ويرجع المشتري على شريكه بحصته من الثمن ولكنها حينئذ تعتبر شركة ملك عند الحسن بن زياد، وشركة عقد عند محمد بن الحسن رحمهما الله تعالى.

أما إذا كان التلف بعد خلط مال الشريكين أو بعد الشراء وكان المالان من جنس واحد فإن الشركة لا تنفسخ، وما يهلك منهما يكون مضموناً على الشريكين؛ لعدم التمييز بينهما.

أما إذا تلف أحدهما وأمكن تمييز التالف منهما – كخلط دراهم بدنانير وفي وقتنا الحاضر خلط الدينار بالدولار ونحوه فالحكم هنا كما لو تلف أحد المالين قبل الخلط من أن العقد ينفسخ والتلف على صاحبه فقط.

ثانياً : مذهب المالكية [1]: ذهب المالكية في المعتمد عندهم : أن تلف مال أحد الشريكين قبل خلطهما خلطاً حقيقياً، ولو خلطاً حكمياً [2]يكون من ضمان صاحبه خاصة، لا من ضمان الشركة، ومع ذلك فإن الشركة لم تنفسخ بل تبقى على حالها؛ لأن الشركة عندهم تلزم بمجرد العقد على الرأي الراجح عندهم، ويكون ما يشترى بالمال الباقي (السالم عن التلف) بين الشريكين على ما دخلا عليه في العقد من مناصفة أو غيرها، ويكون على الشريك الذي تلف ماله ثمن حصته – النصف أو أقل أو أكثر – إلا أن يكون الشراء بعد علم المشتري بتلف مال شريكه فيكون الربح للمشتري – من سَلِمَ ماله – وعليه الخسارة.

أما إذا حصل التلف بعد الخلط الحقيقي أو الحكمي كان الضمان على الشريكين.

ثالثاً: مذهب الشافعية [3]: من خلال اطلاعي على ما كتبه فقهاء الشافعية في هذه المسألة لم أرَ لهم في ذلك كلاماً صريحاً، لكن مقتضى ذلك أنهم جعلوا مالي الشريكين بحيث لا يتميزان من شرائط صحة عقد الشركة[4]، فيترتب على عدم خلطهما أن ما تلف من مال فإنه يتلف على رب المال التالف فقط دون شريكه، وتنفسخ الشركة في المال الباقي.

---

[1] الصاوي : أحمد الصاوي : بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير وبهامشه شرح أحمد الدردير ج٢/ ص ١٥٥، الناشر: دار الفكر – بيروت، الدردير : الشرح الكبير ج٣/ ص٣٥٠، والشرح الصغير ج٣/ ص٤٦٢-٤٦٣.

[2] الخلط الحكمي هو : أن يكون كل واحد من المالين في صرّة منفردة على حدة، وجعلا في حوزٍ واحد كصندوق أو خزانة تحت أحد الشريكين أو أجنبي. انظر : المراجع السابقة .

[3] الشربيني : مغني المحتا ج٢/ ص٢٧٧، الرملي : نهاية المحتاج ج٥/ ص٧، النووي : روضة الطالبين ج٤/ ص٢٧٧.

[4] اشتراط الخلط لصحة عقد الشركة هذا ما ذهب إليه بالإضافة إلى الشافعية الظاهرية والزيدية والجعفرية، وحجتهم في ذلك أن معنى الشركة الاختلاط وهذا المعنى لا يتحقق مع تميز المالين.

انظر : المراجع السابقة، ابن حزم : المحلى ج٨/ ص١٢٤، ابن المرتضى : عيون الأزهار ص٣٢٩، المحقق : شرائع الاسلام ج١/ ص٢١٤. أما أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى ذهبا إلى أنه لا يشترط خلط المالين في شركة الأموال إذا كان رأس المال نقداً –ذهباً أو فضة– اتحد الجنس أو اختلف. انظر : الكاساني : البدائع ج٦/ ص٦٠.

وأما المالكية في المعتمد يرون أن الخلط الحقيقي أو الحكمي شرط في الضمان وليس شرطاً لصحة العقد. انظر : الصاوي: بلغة السالك ج٢/ ص١٥٥.

وأما الحنبلية فلا يشترط عندهم لصحة عقد الشركة اختلاط المالين اذا تعين المال وأحضر . انظر: ابن قدامة: المغني ج٥/ ص٢٠ .

رابعاً: مذهب الحنبلية [1]: عقد الشركة لا ينفسخ بما تلف من أموال الشركاء سواء قبل الخلط أم بعـــده، ويكـــون الضمان من جميع الشركاء كما لو زاد؛ لأن موجب عقد الشركة تعلق الضمان والـــزيادة بالشـــركاء ســـواء خلـــط المال أم لا، فبمجرد عقد الشركة يثبت الملك لكل واحد من الشريكين في نصف مال صاحبه فيكون تلف منهما.

خامســـاً : مذهـــب الظاهرية [2]: ذهب الظاهرية إلى مثل ما ذهب إليه الشافعية فقالوا : يشـــترط في عقد الشركة خلط المالين بحيث لا يميز أحد الشريكين ماله من الآخر، فما تلف من مـــال بعـــد الخلط فضمانه عليهما؛ لأن بالخلط أصبح المال مشاعاً بينهما، فيترتب عليه أن تكون الخسارة مشاعة بينهما كما أن الربح مشاعاً بينهما أيضاً.

أمـــا إذا لـــم يخلـــط الشريكان مالهما فما تلف من مال يكون ضمانه على صاحب المال الـــتالف وحـــده دون شريكه؛ لأن من الباطل أن يتحمل من سلم ماله ما حصل من تلف في مال شريكه لقوله تعالى : "وَلاَ تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلاَّ عَلَيْهَا "[3].

ثالـــثاً : عقد المضاربة : وهي لغةً [4]: على وزن "مفاعلة" مأخوذة من الضرب في الأرض أي: الســـير فيها للتجارة، يُقال : ضَرَبْتُ في الأرض أي: سافرت تبتغي الرزق، ومنه قوله تعالى: " وَآخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الأَرْضِ"[5]، أي : يسافرون فيها[6]، والضَّرب : الإسراع في السير.

---

[1] ابن قدامة : المغني ج٥/ ص٢٠، البهوتي : شرح منتهى الإرادات ج٢/ ص٣٢١، المرداوي: الإنصاف ج٥/ ص٣٧٢، ابن مفلح : المبدع ج٥/ ص٧.

[2] ابن حزم : المحلى ج٨/ ص١٢٤.

[3] سورة الأنعام : الآية رقم (١٦٤) .

[4] ابن منظور : لسان العرب ج٢/ ص٥٢٠ مادة (ضرب).

[5] سورة المزمل : الآية رقم (٢٠).

[6] الشوكاني : فتح القدير ج٥/ ص٣٢٢.

أما شرعاً فلها تعريفات عدة منها: "شركة في الربح بمالٍ من جانب وعملٍ من جانب"[1]. ويسمى مـــالك المال ربّ المال، ويسمى من يقوم بالعمل بالعامل أو المضّارب. وتسميتها بالمضاربة عند فقهـــاء أهل العراق؛ لأن كلاً من رب المال والمضارب يضرب بسهمٍ من الربح، ولما فيها من السـفر. أما أهل الحجاز فيسمونها قراضاً، ولفظ القراض مشتق من القرض، وهو القطع، ووجه هذه التسمية : أن صاحب المال يقطع للعامل قطعة من ماله يتصرف فيها، وقطعة من الربح[2].

والمضاربة عقد مشروع، ثبتت مشروعيته بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

أما من الكتاب فقوله تعالى :" وَآخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ"[3].

ووجـــه الاســـتدلال بالآية : أن المراد بها الذين يسافرون في الأرض، يطلبون من رزق الله ما يحتاجون إليه في معاشهم[4]، والمضارب يضرب في الأرض مبتغياً من فضل الله .

أما السنة النبوية فمنها :

---

[1] ابـــن نجـــيم : الـــبحر الرائق ج٧/ ص٢٦٣. يشار إلى أن عقد المضاربة في الوقت الحاضر يعتبر من أبرز أساليب الاستثمار في المصارف الإسلامية، حيث يقوم المصرف الإسلامي بناء على هذا العقد بتجميع الأموال من عدة مصادر، وإعادة تشغيل هذه الأموال المتجمعة، وتلبية حاجات رجال الأعمال والمستثمرين للأموال، وذلك كله دون الوقوع في الربا الـــذي تعتمد عليه المصارف غير الإسلامية- بحيث تقسم الأرباح قسمة عادلة وفق أحكام المضاربة في الفقه الاسلامي. والمصـــرف الإســـلامي لم يقف عند الصورة الفقهية القديمة للمضاربة فقط، بل استحدث صوراً جديدة للمضاربة منها : المضاربة المنتهية بالتمليك، والمضاربة المشتركة.

وكمـــا أن المضاربة تعتبر من الأسس التي تعتمد عليها المصارف الإسلامية نجد أن لها أثراً في إنشاء شركات استثمارية ضخمة، بحيث يكون رأس مالها من طرف، وإدارته واستثماره من الطرف الآخر، ولكل منهما حصة شائعة من الـــربح وفق ما يتفقان عليه، ويطبق في ذلك أحكام المضاربة في الفقه الإسلامي . انظر: شبير : د. محمد عثمان شبير: المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي ص٣٠٠، الناشر: دار النفائس – الأردن، ط(٢) سنة ١٤١٨هـــ -١٩٩٨م، والقضاة : د. زكريا محمد الفاتح، القضاة : السلم والمضاربة من عوامل التيسير في الشريعة الإسلامية. ص٤٣١ و٤٤٧، الناشر: دار الفكر -عمان، ط (١) سنة ١٩٨٤م.

[2] الموصلي : الاختيار ج٣/ ص٢٧، الدردير: الشرح الصغير ج٣/ ص٦٨١، الشربيني : مغني المحتاج ج٢/ ص٣٩٩، ابن قدامة : المغني ج٥/ ص٢٦.

[3] سورة المزمل : الآية رقم (٢٠).

[4] الشوكاني: فتح القدير ج٥/ ص٣٢٢، ابن الجوزي: جمال الدين عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي ت (٥٩٧هـــ)، زاد المسير في علم التفسير، ج٨/ ص٣٩٦، الناشر : المكتب الإسلامي – بيروت، ط (٣) سنة ١٤٠١٤هـــ.

١- مـــا أخـــرجه ابـــن ماجة أن رسول الله ﷺ قال:" ثلاث فيهن البركة : البيع إلى أجل، والمقارضـــة، وإخـــلاط الـــبر بالشعير للبيت لا للبيع" [١]. فهذا الحديث نص صريح بجواز المضاربة؛ لما فيها من البركة الحاصلة من انتفاع الناس بعضهم ببعض"[٢].

٢- ما رواه عبد الله بن عباس رضي الله عنهما عن أبيه العباس بن عبد المطلب رضي الله عـــنه : أنه كان إذا دفع مالاً مضاربة اشترط على صاحبه : أن لا يسلك به بحراً، ولا ينزل بـــه وادياً، ولا يشتري به ذات كبد رطبة [٣]، فإن فعل فهو ضامن. فرفع شرطه إلى رسول الله ﷺ فأجـــازه"[٤]. ووجـــه الاستدلال : أن إجازة النبي ﷺ لشروط العباس رضي الله عنه على المضارب تعتبر تقريراً منه لجوازها، والتقرير هو أحد أنواع السنة النبوية.

أما الإجماع : فقد تعامل بها الصحابة رضوان الله عليهم من غير نكير فكان ذلك إجماعاً على جوازها[٥].

وأما المعقول : فلأن الناس بحاجة إليها؛ لأن منهم من يملك المال وهو عاجز عن العمل، أو لا يملـــك الخبرة في استثمار المال، أو لا يجد الوقت للعمل بماله، ومنهم من لا يملك المال ليعمل

---

[١] انظـــر : سنن ابن ماجة، كتاب التجارات، باب الشركة والمضاربة، حديث رقم (٢٢٨٩)، ج٢/ ص٦٧٨، وفي إسناده نصر بن القاسم عن عبد الرحيم بن داود وهما مجهولان : انظر : الشوكاني : نيل الأوطار ج٥/ ص٣٩٤. وقال صاحب مصـــباح الزجاجة : "هذا إسناد ضعيف، صالح بن صهيب مجهول ... ونصر بن القاسم قال البخاري : حديثه موضوع، وهـــذا المتن ذكره ابن الجوزي في الموضوعات من طريق صالح بن صهيب" . انظر : الكناني : أحمد بن أبي بكر بن إسماعيل الكناني ت (٨٤٠هـــ) : مصباح الزجاجة في فوائد ابن ماجة، كتاب التجارات، باب الشركة والمضاربة ج٣/٣٧، تحقيق : محمد المنتقى الكشناوي ، الناشر : دار العربية – بيروت، ط (٢) سنة ١٤٠٣هـــ.

[٢] الصنعاني : سبل السلام ج٣/ ص٧٦.

[٣] أي : لا تشتري به الحيوانات؛ لأن ما كان له روح فهو عرضة للهلاك بطروء الموت عليه، انظر : الشوكاني : نيل الأوطار ج٥/ص٣٩٤.

[٤] البيهقي: السنن الكبرى، كتاب القراض، حديث رقم (١١٣٩١)، ج٦/ ص١١٠، وفي إسناده ضعف. انظر : الشوكاني : نيل الأوطار ج٥/ ص٣٩٤.

[٥] ابن قدامة : المغني ج٥/ ص٢٦-٢٧، الشوكاني : نيل الأوطار ج٥/ ص٣٩٤.

بـــه لكنه حاذق وماهر في أمور التجارة وكسب المال فدفعاً لحاجة الطرفين ورعاية لمصلحتهما، وتحقيقاً للتعاون بين الأفراد في المجتمع شرع هذا النوع من العقود.

تلف رأس مال المضاربة:

رأس المال في المضاربة معرض كغيره من رؤوس الأموال التجارية للتلف. وهذا التلف إما أن يكـــون بسبب طارئ خارج عن إرادة المتعاقدين، كالتلف بآفة سماوية من غرق، أو حرق، أو غير ذلك، وإما أن يكون بجناية من ربّ المال أو المضارب أو أجنبي، وإما أن يكون تلفاً كلياً أو جزئياً، وكل ذلك له تفصيل عند الفقهاء أعرضه على النحو الآتي :

أولاً : تلـــف رأس مـــال المضاربة كله قبل التصرف أو بعده : اتفق الفقهاء[1] على أن عقد المضـــاربة ينفسخ بتلف رأس المال كله قبل أن يتصرف به المضارب بالبيع أو الشراء، إذا كان التلف بغير تعدٍ أو تفريط منه، كما لو تلف بآفة سماوية، لزوال المال الذي تعلق العقد به.

ولا يلـــزم هـــنا رب المـــال أن يخلف المضارب غير المال التالف، بل هو بالخيار، إن شاء أخلفـــه وإن شاء لم يخلفه. والمضارب أيضاً بالخيار، إن شاء قبل الخلف، وإن شاء لم يقبله. فإذا قـــبل المضـــارب الخلـــف يعتبر في هذه الحالة عقد مضاربة جديد، ولا يجبر المال التالف بربح الخلف.

وتنفسخ المضاربة أيضاً إذا تلف رأس مالها جميعه بعد الشراء ونقد الثمن، لزوال محل العقد أيضاً، ولا يضمن المضارب إذا ثبت أن التلف كان بغير تعدٍ أو تفريط منه[2].

---

[1] الكاساني : بدائع الصنائع ج٦/ ص١١٢، الدسوقي : حاشية الدسوقي ج٣/ ص٥٢٩، الخرشي: مختصر الخرشي ج٦/ ص٢٠٦-٢١٧، النووي : روضة الطالبين ج٥/ ص١٣٩، الشربيني : مغني المحتاج ج٢/ ص٤١٠، ابن قدامة : المغني ج٥/ ص٦٧، البهوتي : كشاف القناع ج٥/ ص٥١٨.

[2] انظر: المراجع السابقة والسلمي : د. سعد بن غرير بن مهدي السلمي : شركة المضاربة في الفقه الإسلامي، ص٢٨٩، الناشر: جامعة أم القرى – السعودية، طبعة سنة ١٤١٧هـ – ١٩٩٧م.

أما إذا تلف جميع المال بعد الشراء قبل أن ينقد المضارب الثمن للبائع فإن عقد المضاربة لا ينفسخ بل يبقى على حاله؛ لأن الموجب للفسخ هو أن التلف لم يكن حين الشراء ولا قبله.

ويترتب على ذلك أن ما اشتراه المضارب يكون للمضاربة، ويلزم رب المال بالثمن؛ لأن حقوق العقد متعلقة به كالموكل، فيرجع المضارب على رب المال بالثمن ويسلمه إلى البائع. كما لو كان مال المضاربة ألفاً فاشترى بها المضارب جارية، ولم ينقد الثمن إلى البائع حتى تلفت الألف، فالجارية على المضاربة في هذه الحالة، ويرجع على رب المال بالألف فيسلمها إلى البائع[1].

وبناء على ما سبق، فإن رأس المال هو : مجموع الثمنين : التالف، وما غرم رب المال، وهذا عند الحنفية[2]. وذهب بعض الشافعية[3]، والحنبلية[4] إلى أن رأس المال هو : الثمن دون التالف، لأن الثمن الأول (التالف) قد تلف قبل التصرف فيه.

ثانياً : تلف بعض رأس المال قبل التصرف أو بعده : اتفق الفقهاء على أن عقد المضاربة لا ينفسخ بتلف بعض رأس المال قبل أن يتصرف به المضارب بالبيع أو الشراء. إلا أنهم اختلفوا فيما إذا كان الجزء التالف من المال يعتبر نقصاً يحسب من رأس المال، ويكون المال المتبقي هو رأس مال المضاربة، أم أن الربح الحاصل يجبر ما حصل من التلف؟ واختلافهم هذا جاء على قولين :

---

(1) الكاساني : بدائع الصنائع ج٦/ ص١١٣، النووي : روضة الطالبين ج٥/ ص١٤٠، البهوتي : كشاف القناع ج٣/ ص ٥١٨، ابن مفلح : المبدع ج٥/ ص٣٠.

(2) الكاساني : بدائع الصنائع ج٦/ ص١١٣.

(3) النووي : روضة الطالبين ج٥/ ص١٤٠.

(4) ابن قدامة : المغني ج٥/ ص٦٧، البهوتي : كشاف القناع ج٣/ ص٥١٨.

القول الأول وهو : للحنفية [1]، والمالكية[2]، والشافعية في قول مرجوح [3]: إن ربح المال يجـبر مـا تلف منه؛ لأن المال بمجرد قبض المضارب له صار مال مضاربة، فإذا تلف بعضه قـبل العمـل جبر ما تلف من الربح اللاحق، حتى يستوفي رب المال جميع رأس ماله، وما بقي بعد رأس المال يقتسمانه على شرطهما اللذين اتفقا عليه في العقد من نصف أو غيره.

يقـول الإمام السرخسي من الحنفية: " لو هلك جميع المال إلا عشرة دراهم فتصرف فيه حتى أصاب مالاً، فإنه يأخذ رب المال جميع رأس ماله "[4].

وجـاء فـي المدونة للإمام مالك في القراض يتلف بعضه ثم يعمل بما بقي فيربح فيه : "قلـت أرأيـت إن دفعت إلى رجل ألف درهم قراضاً فلم يعمل بالمال حتى ضاع منه (وهو في معـنى التلف) خمسمائة درهم، ثم عمل فربح أكثر من رأس المال. قال مالك : يجبر رأس المال من الربح "[5].

ورب المـال هنا بالخيار: إن شاء أخلف المضارب ما تلف من رأس المال، وإن شاء لم يخلفه، أما المضاربة فلا خيار له بل يلزمه القبول إذا أخلفه رب المال.

أمـا إذا أعاد المضارب ما بقي من المال إلى صاحبه بعد أن تلف بعضه، - أي تم فسخ العقـد- ثـم رده إليه ليتجر فيه، فما حصل من الربح بعد ذلك لا يجبر التلف الأول؛ لأنها حينئذ صارت مضاربة جديدة مستأنفة، رأس مالها الجزء الذي دفعه رب المال إليه.

---

(1) السرخسي : المبسوط ج٢٢/ ص٤٩.

(2) الدسـوقي : حاشية الدسوقي ج٣/ ص٥٢٧-٥٢٩، المواق : التاج والإكليل ج٥/ ص٣٦٦، الزرقاني : محمد بن عبد الباقـي بن يوسف الزرقاني ت (١١٢٢هـ) : شرح الزرقاني لمختصر خليل ج٣/ ص٤٤٠-٤٤١، الناشر : دار الكتب العلمية -بيروت، ط (١) سنة ١٤١١هـ ، الدردير : الشرح الصغير ج٣/ ص٧٠٠.

(3) الشربيني : مغني المحتاج ج٢/ ص٤١٠.

(4) المبسوط ج٢٢/ ص٤٩.

(5) انظر : ج١٢/ ص١٠٠.

القــول الثانـــي وبـــه قال: الشافعية في الأصح عندهم[1]، والحنبلية [1]: إنّ تلف بعض رأس المـــال قبل تصرف العامل به لا يجبر بالربح الحاصل، بل يحسب الجزء التالف من رأس المـــال، ويترتـــب علـــيه أن المضـــاربة تنفسخ في الجزء التالف فقط، ويكون رأس المال الباقي خاصة؛ لأنه مال هلك على جهته قبل التصرف، أشبه التالف قبل القبض.

فمـــثلاً إذا كـــان رأس مـــال المضاربة ألف دينار أردني، فتلف منها مائة قبل تصرف المضارب، فإن المضاربة تنفسخ في المائة – الجزء التالف –، ويكون رأس المال فقط تسعمائة، فما حصل من ربح لها يتقاسمانه وفق شرطهما.

الترجيـــح :

بعـــد اســـتعراض أقوال الفقهاء في هذه المسألة أرى أن الرأي الراجح هو ما ذهب إليه أصـــحاب القـــول الثاني من أن ما تلف من المال قبل العمل لا يجبر بالربح الحاصل بعده؛ لأنه يدفـــع الظلـــم عن المضارب، ذلك أن الربح الحاصل نتيجة عمله المتواصل، وما بذله من الجهد والتعـــب، وتحمـــل مشـــاق السفر وغيره إذا قلنا بأنه يجبر ما تلف من المال قبل العمل ففي ذلك إجحاف وظلم به، وتضييع لجهده، يبين ذلك المثال الآتي :

لو كان رأس مال المضاربة ألف دينار أردني، وسلمها صاحبها إلى المضارب، وقبل أن يعمل بها تلف منها ثلاثمائة، فإن السبعمائة المتبقية إذا ربحت بعد عمل المضارب وأصبحت ألفاً ومائتـــي ديـــنار، فعلـــى القول الأول فإن رب المال يستوفي جميع رأس ماله، أي أنه يأخذ ألف دينار، والمائتان المتبقيتان تقسمان عليهما على شرطهما، فإذا شرطا النصف، فكل من المضارب ورب المال يأخذ مائة دينار.

---

[1] الشربيني : مغني المحتاج ج٢/ ص٤١٠، الرملي : نهاية المحتاج ج٥/ ص٢٣٨.

وبناء على القول الثاني فإن السبعمائة المتبقية تعتبر رأس مال المضاربة، وما حققته من الأربـــاح تقســـم علـــيهما على شرطهما، وعليه -في المثال السابق- يأخذ رب المال رأس ماله (الســـبعمائة)، والخمســـمائة المتبقـــية تقسم عليهما، بحيث يأخذ كل واحد منهما مائتين وخمسين ديـــناراً، وهذا أقرب إلى تحقيق المصلحة ودفع الظلم، لا سيما وأن التلف الحاصل لبعض المال كان بغير تعد أو تفريط من المضارب فلماذا يتحمل هو تلفه ؟ ! والله أعلم .

أمـــا إذا تلف بعض رأس مال المضاربة بعد تصرف المضارب فيه بالبيع أو الشراء فلا تنفســـخ المضـــاربة، ويجـــبر الربح الحاصل ما نقص من رأس المال نتيجة التلف، لأنه دار في التجارة، وشرع فيما قصد بالعقد من التصرفات المؤدية للربح[٢].

تلف مال المضاربة بجناية رب المال أو المضارب

ذكـــر المالكـــية[٣]، والحنبلية[٤] أن جناية رب المال على مال المضاربة كجناية الأجنبي، فـــإذا جـــنى علـــيه رب المال فتلف كله، انفسخت المضاربة، وعلى رب المال أن يغرم للعامل حصـــته مـــن الـــربح، كما لو جنى عليه أجنبي فإنه يغرم للعامل حصته من الربح، ولرب المال رأس ماله وحصته .

---

(١) البهوتي : كشاف القناع ج٣/ ص٥١٨، ابن مفلح : المبدع ج٥/ ص٣٠ وانظر : القضاة : السلم والمضاربة من عوامل التيسير في الشريعة الإسلامية، ص٣٦٠.

(٢) الدسوقي : الحاشية ج٣/ ص٥٢٩، الخرشي : الخرشي على مختصر خليل ج٦/ ص٢١٦، الشربيني : مغني المحتاج ج٢/ ص٤١٠، البهوتي : كشاف القناع ج٣/ ص٥١٨ ولنفس المؤلف : الروض المربع شرح زاد المستقنع مختصر المقنع ج٢/ ص٢٧٣، الناشر : مكتبة الرياض الحديثة – الرياض – ، طبعة سنة ١٣٩٠هـ.

(٣) الدردير : الشرح الصغير ج٣/ ص٦٩٧ فما بعدها، الدسوقي : حاشية الدسوقي ج٣/ ص٥٢٨، المواق : التاج والإكليل ج٥/ص٣٦٦، السلمي : شركة المضاربة في الفقه الإسلامي ص٢٩٣.

(٤) البهوتي : كشاف القناع ج٣/ ص٥٢٠.

أما الشافعية[1] فلم يلحقوا جناية رب المال بجناية الأجنبي، لأن العقد ينفسخ أيضاً بإتلافه، ويستقر نصيب العامل من الربح.

وإن جنى رب المال على بعضه فأتلفه قبل العمل أو بعده، انفسخت المضاربة في الجزء التالف، وصار الباقي بعد الجناية هو رأس المال خاصة، ويكون الربح لذلك الباقي، ويغرم حصة العامل في المال المجني عليه أيضاً، وكذلك الحكم في جناية المضارب على مال المضاربة أو بعضه، وهو ما ذكره المالكية[2].

وفي كل من جناية رب المال والمضارب لا يجبر المال الأصلي قبل الجناية بالربح الحاصل من المال المتبقي؛ لأن الربح إنما يجبر الخسر والتلف، أما الجناية فلا تجبر بالربح.

فإن كان الجاني هو رب المال فقد رضي بأن الباقي هو رأس ماله، وإن كان العامل اتبع به في ذمته كالأجنبي، ولا ربح لما في الذمة[3].

المطلب الثاني

موت أحد العاقدين أو كليهما

موت أحد العاقدين أو كليهما له تأثير على بعض أنواع العقود، فمن العقود مالا تتأثر بالموت كعقد البيع، وفي المقابل هناك عقود يؤدي موت أحد العاقدين أو كليهما إلى انفساخها كالعقود الجائزة مثل : الوكالة، والشركة، والإعارة، ونحوها، وهو ما اتفق عليه الفقهاء في الجملة.

---

[1] الشربيني : مغني المحتاج ج٢/ ص٤١٠-٤١١، النووي : روضة الطالبين ج٥/ ص١٣٩.

[2] الدسوقي : حاشية الدسوقي ج٣/ ص٥٢٨، الخرشي : الخرشي على مختصر خليل ج٦/ ص٢١٥، السلمي : شركة المضاربة في الفقه الإسلامي ص٢٩٣.

[3] المراجع السابقة والدردير : الشرح الصغير ج٣/ ص٦٩٨.

إلا أن هـناك قسماً من العقود قد اختلف الفقهاء في مدى تأثير الموت في انفساخها، كعقد الإجارة، والمزارعة والمساقاة، وتفصيل ذلك على النحو الآتي :

الفـرع الأول : العقـود اللازمة [1]: بعض هذه العقود لا يحتاج تمامها إلى فترة زمنية ممتدة بل تتم بمجرد صدور الإيجاب والقبول، وهذه لا أثر للموت في انفساخها، فلا تفتقر إلى العاقدين بعد انعقادهـا، ويقـوم الورثة مقام المورث فيما ترتب على هذا العقد من آثار، وذلك كعقد البيع إذا مـات الـبائع أو المشـتري بعد الإيجاب والقبول فلا ينفسخ العقد، وكذلك فيما إذا كان العقد قد اشتمل على خيار للبائع أو المشتري أو كليهما، وإليك بعض أقوال الفقهاء في هذا الموضوع:

مـن الحنفية : جاء في شرح فتح القدير : "وإذا مات من له الخيار بطل خياره بائعاً كان أم مشترياً، ولم ينتقل إلى ورثته، وإذا بطل خياره يلزم البيع ... "[2].

وجـاء فـي المدونـة للإمـام مالك عندما سئل عن حكم العقد في حالة موت البائع أو المشـتري فقـال : "يلـزم البـيع ورثتهما، لأن هذا بيع قد تم فلا بد من إنفاذه، وإن مات البائع والمشتري، لأن ذلك البيع قد لزمهما في أموالهما "[3].

ومـن الشـافعية : جـاء فـي الأمّ : "وإن مات أحد المتبايعين قبل أن يتفرقا قام ورثته مقامه"[4] أي أن البيع يبقى لازماً .

وجاء في روضة الطالبين :"إذا باع ومات في المجلس وجب البيع "[5].

---

[1] لطفاً : انظر في تعريف العقود اللازمة والمقصود بها صفحة ١٢من هذا البحث .

[2] ابن الهمام : ج٦/ ص٣١٨

[3] انظر:الإمام مالك : المدونة ج٩/ ص٦.

[4] الشافعي: أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي ت (٢٠٤هـ) : الأم ج٣/ ص٥، الناشر : دار المعرفة – بيروت، ط (٢) سنة ١٣٩٣هـ.

[5] النووي : ج٣/ ص٤٣٩.

وأمـــا الحنبلية : فقد جاء في المغني : "وإن مات المتبايعان فورثتهما بمنزلتهما ... لأنهم يقومون مقامهما في أخذ مالهما وإرث حقوقهما، فكذلك ما يلزمها أو يصير إليهما "[1].

أمـــا عقد النكاح فمع كونه عقداً لازماً إلا أنه ينتهي بموت أحد الزوجين، لأن الغاية منه دوام العشرة وقد زالت بالموت [2].

وهـــناك عقـــود لازمـــة تحـــتاج إلى فترة زمنية لتظهر آثارها، كعقد الإجارة والمساقاة والمـــزارعة، ومـــثل هـــذه العقود فقد اختلف الفقهاء في انفساخها بموت أحد العاقدين أو كليهما، وتفصيل ذلك على النحو الآتي :

أولاً : عقد الإجارة : اختلف الفقهاء في انفساخ عقد الإجارة بموت المؤجر أو المستأجر أو كليهما على قولين :

القـــول الأول : وبـــه قـــال الحنفـــية[3]، والظاهـــرية[4]، والمشـــهور بين الأصحاب عند الجعفرية[5]: إن الإجارة تنفسخ بموت المؤجر أو المستأجر إذا عقدها لنفسه، وحجتهم في ذلك :

١- أن المعقـــود علـــيه فـــي عقـــد الإجارة هو المنفعة، وهي تحدث شيئاً فشيئاً، فتنعقد الإجارة بمضيها شيئاً فشيئاً، فلا تبقى بدون العاقد.

٢- إن اســـتيفاء العقد بعد موت من وقع له العقد يوجب تغيير مقتضى العقد؛ لأن من وقع له إن كان هو المؤجر فالعقد يقتضي استيفاء المنافع من ملكه، ولو قلنا بعدم انفساخ العقد بعد موته لاستوفيت المنافع من ملك غيره – الورثة–، وهذا خلاف مقتضى العقد.

---

(١) ابن قدامة : ج٤/ ص٢١٨.

(٢) المرغيناني : الهداية ج١/ ص٢٠٤، البهوتي : كشاف القناع ج٥/ ص١٥٠.

(٣) الكاساني : بدائع الصنائع ج٤/ ص٢٢٢، المرغيناني : الهداية ج٣/ ص٢٥٠، الموصلي: الاختيار ج٢/ ص٩٤.

(٤) ابن حزم : المحلى ج٨/ ص١٨٤.

(٥) المحقق الحليّ : شرائع الإسلام ج١/ ص٢٣٣.

وإن كـــان هـــو المستأجر فالعقد يقتضي استحقاق الأجرة من ماله، ولو بقي العقد بعد موته لاستحقت الأجرة من مال غيره، وهذا خلاف مقتضى العقد.

وقـــال الحنفـــية : إذا عقّـــد الإجـــارة لغيره لم تنفسخ بالموت كالوصي والولي وقيّم الوقف والوكيل؛ لأنه نائب عنهم، فإبقاء العقد بعد موتهم لا يوجب تغيير مقتضى العقد[1].

القـــول الثاني : لجمهور الفقهاء من : المالكية[2]، والشافعية[3]، والحنبلية[4]، والزيدية[5]، وقـــول عـــند الجعفـــرية [6]: إن الإجارة لا تنفسخ بالموت بل تبقى على حالها إلى انقضاء المدة المـــتفق عليها في العقد، ويخلف المستأجر وارثه في استيفاء المنفعة، واحتجوا لقولهم بأن : عقد الإجارة عقد لازم فلا تنفسخ بموت العاقد مع سلامة المعقود عليه كعقد البيع، فالمستأجر قد ملك المنافع وملكت عليه الأجرة كاملة في وقت العقد.

الترجيـــح :

بالـــنظر إلى أقوال الفقهاء أرى أن الراجح فيها قول جمهور الفقهاء من أن الإجارة لا تنفسخ بمـــوت أحـــد العاقديـــن، لقوة حجتهم من جهة، ومن جهة أخرى فإن هذا القول لا يلحق ضرراً بورثة المستأجر خاصة أبناءه، لأنهم قد لا يجدون مسكناً آخر يعيشون فيه، فإذا قلنا بانفساخ عقد الإجـــارة بالموت لأدى ذلك إلى أن يستغل المؤجر حاجة الورثة إلى المسكن ويقوم برفع الأجرة

---

(1) الكاساني : بدائع الصنائع ج٤/ ص٢٢٢، الموصلي : الاختيار ج٢/ ص٩٤.

(2) الدسوقي : حاشية الدسوقي ج٤/ ص٣٠، النفراوي : أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي ت (١١٢٥هـ): الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني ج٢/ص١١٩، الناشر : دار الفكر -بيروت، طبعة سنة ١٤١٥هـ، ابن رشد: بداية المجتهد ج٢/ ص٢٣٠.

(3) الرملي : نهاية المحتاج ج٥/ ص٣٧، الشربيني : محمد بن أحمد الخطيب الشربيني : الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ج٢/ ص١٧، الناشر : دار المعرفة -بيروت .

(4) ابـــن قدامة : المغني ج٥/ ص٤٦٧-٤٦٨، ابن ضويّان: إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويّان ت (١٣٥٣هـ): منار السبيل في شرح الدليل ج١/ ص٣٨٩، تحقيق: عصام القلعجي، الناشر : مكتبة المعارف – الرياض، ط (٢) سنة ١٤٠٠هـ.

(5) ابن المرتضى : عيون الأزهار ص٢١٣.

(6) المحقق : شرائع الإسلام ج١/ ص٢٣٣.

وهـــم قد لا يطيقون ذلك، أو أنه يقوم بإخراجهم منه، وقد لا يجدون غيره، وفي هذا إضرار بهم وإيقاعهم في الحرج والمشقة. فهذا القول يتلاءم مع وقتنا الحاضر الذي يشهد غلاء في المعيشة، وارتفاعاً في الأجور السكنية، والله أعلم.

وأصل الخلاف بين الحنفية والجمهور يعود إلى اختلافهم في تكييف الإجارة بالنسبة إلى نقل المـــنافع، فذهب الحنفية إلى أن المنافع -المعقود عليه- لا يملكها المستأجر بالعقد، وإنما تستوفى بمضـــيّ المـــدة؛ لأنهـــا تحدث شيئاً فشيئاً، وعليه فلا تجب الأجرة بالعقد؛ لأن عقد الإجارة عقد معاوضـــة ومن مقتضياتها المساواة، فإذا استوفى المستأجر المنافع استحق المؤجر الأجرة عملاً بالمساواة، ومن هنا قالوا بانفساخ الإجارة بالموت[١].

أما جمهور الفقهاء القائلين بعدم انفساخها بالموت اعتبروا أن الإجارة إذا تمتّ ملك المستأجر المـــنافع المعقـــود علـــيها إلى المدة، ويكون حدوثها على ملكه، وملك المؤجر الأجرة، فإذا مات أحدهما ولم تكن مدة الإجارة قد انتهت لم ينفسخ العقد، وقام الورثة مقامه[٢].

ومـــع أن جمهور الفقهاء قالوا بعدم انفساخ الإجارة بموت أحد المتعاقدين إلا أن هذا الحكم لا ينســـحب عـــندهم على جميع الحالات بدليل أنهم قالوا بانفساخ عقد الإجارة بموت الأجير المعين والمرضعة، وموت الصبي المستأجر على تعليمه[٣].

ثانياً : عقدا المساقاة والمزارعة

أ- المســـاقاة لغـــة : مفاعلة من السّقي، يقال: سقى فلان زرعه، واستسقى الرجل أي: طلب منه السقي[٤].

---

[١] الكاساني : بدائع الصنائع ج٤/ ص٢٠١، الموصلي : الاختيار ج٢/ ص٨٤، المرغيناني ج٣/ ص٢٣٢.
[٢] الشربيني : الإقناع ج٢/ ص١٦، ابن قدامة : المغني ج٥/ ص٤٤٢.
[٣] الدردير: الشرح الصغير ج٤/ص٤٩-٥٠، المواق: التاج والإكليل ج٤/ ص٣٦٤،الرملي: نهاية المحتاج ج٥/ص٣١٧.
[٤] ابن منظور : لسان العرب ج٢/ ص١٦٧ فما بعدها، مادة (سقي).

أمـــا شـــرعاً : فللفقهاء تعريفات كثيرة لها متقاربة من حيث المعنى، وهي في مجملها تدور حـــول معـــناً واحد وهو : دفع الشجر إلى من يتعهده بالسقاية والتربية، وكل ما تحتاج إليه بجزء معلوم له من ثمره[١].

وســـميت بالمســـاقاة : لأن أهل الحجاز أكثر شجرهم يحتاج إلى السقي؛ لأنهم يستقون من الآبار فسميت بذلك. وتسمى أيضاً المعاملة[٢].

ب-المزارعة لغة : مفاعلة من الزرع وهو: الإنبات، يقال : زرعه الله أي : أنبته[٣].

أما شرعاً فهي : دفع الأرض إلى من يزرعها بجزء مشاع معلوم من الزرع[٤].

وكـــل مـــن عقـــدي المســـاقاة والمزارعة لم يجزهما الإمام أبو حنيفة -رحمه الله-[٥]. وأجازهمـــا جمهـــور الفقهاء : الصاحبان من الحنفية[٦]، والمالكية[٧]، والشافعية[٨]، والحنبلية[٩]، والظاهرية[١٠]، والزيدية[١١]، والجعفرية[١٢].

وقد ثبتت مشروعية هذين العقدين بالسنة والإجماع والمعقول :

---

(١) المرغينانـــي : الهداية ج٤/ ص٥٩؛ ابن جزي : القوانين الفقهية ص١٨٤، النووي : روضة الطالبين ج٥/ ص١٥٠، ابن مفلح: المبدع ج٥/ ص٤٥.

(٢) الكاساني : بدائع الصنائع ج٦/ص١٨٤، ابن قدامة : المغني ج٥/ ص٣٩١.

(٣) ابن منظور : لسان العرب ج٢/ ص٢٠ مادة (زرع).

(٤) الموصلي الاختيار ج٣/ ص١٠٦، ابن جزي : القوانين الفقهية ص١٨٥، الشيرازي : المهذب ج١/ ص٤٠٠، البهوتي : كشاف القناع ج٣/ ص٥٣٢.

(٥) الكاساني : بدائع الصنائع ج٦/ ص١٧٥و١٨٥.

(٦) الموصلي : الاختيار ج٣/ ص١٠٦.

(٧) ابن جزي : القوانين الفقهية ص١٨٥.

(٨) الشيرازي : المهذب ج١/ ص٣٧٩، ٤٠٠.

(٩) ابن قدامة : المغني ج٥/ ص٣٩١ و ٤١١٧

(١٠) ابن حزم : المحلى ج٨/ ص٢١٠، ٢٢٩.

(١١) الشوكاني : السيل الجرار ج٣/ ص٢١٩، ٢٢٤.

(١٢) المحقق : شرائع الإسلام ج١/ ص٢٢١-٢٢٤.

أمـــا الســـنة : فمـــا رواه عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن :"النبي ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمرٍ أو زرع "[١].

وأما الإجماع : فإن الخلفاء الراشدين استمروا على ما فعله رسول الله ﷺ في فترة خلافتهم ثم أهلهم من بعدهم، واشتهر ذلك من غير نكير فكان إجماعاً [٢].

وأمـــا المعقول [٣]: فإن كثيراً من الناس يملكون الأرض أو الشجر، ولا خبرة لديهم ولا قدرة علـــى زراعة الأرض أو سقي الشجر وتعهده بالرعاية، ولا يمكنهم الاستئجار على ذلك لاحتمال الإضـــرار بالمـــالك، فقد يهمل الأجير العمل. وفي المقابل كثير من الناس ممن لا أرض لهم ولا شـــجر يملكون الخبرة والقدرة على زراعة الأرض واستثمارها، ورعاية الشجر، وهم بحاجة إلى الثمر، فدفعاً للحاجتين وتحصيلاً لمصلحة الفئتين أجيز هذان العقدان.

انفساخ المساقاة والمزارعة بموت أحد المتعاقدين

اخـــتلف الفقهاء في انفساخ هذين العقدين بموت أحد المتعاقدين كاختلافهم السابق في عقد الإجارة، وذلك على ثلاثة أقوال :

القـــول الأول : لصاحبي أبي حنيفة[٤] – أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى : إن عقد المســـاقاة ينفســـخ بموت أحد المتعاقدين كما في عقد الإجارة، وكذلك أيضاً عقد المزارعة ينفسخ بموت صاحب الأرض أو المزارع، سواء مات صاحب الأرض قبل الزراعة أم بعدها، وســـواء

---

[١] هذا الحديث أخرجه: البخاري: صحيح البخاري، كتاب المزارعة، باب المزارعة بالشطر ونحوه، حديث رقم (٢٢٠٣، ٢٢٠٤)، ج٢/ ص٨٢٠، ومسلم : صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع، حديث رقم (١٥٥١)، ج٣/ص١١٨٦.

[٢] البخاري : صحيح البخاري في الموضع المذكور سابقاً، المغني : ابن قدامة ج٥/ ص٣٩٠ و٤١٨.

[٣] ابن قدامة: المغني ج٥/ ص٣٩٢ و٤٢١، الخن: د. مصطفى وآخرون : الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي ج٣/ ص١٩٠، الخياط : المدخل إلى الفقه الإسلامي ص١١٠.

[٤] الكاساني : بدائع الصنائع ج٦/ ص١٨٤، ١٨٨.

أدرك الــزرع أو هــو بقــل (طــري)، أو مات المزارع قبل الزراعة أو بعدها، بلغ الزرع حد الحصاد أم لم يبلغ؛ لأن العقد أفاد الحكم للعاقد دون وارثه؛ لأنه عاقد لنفسه، والأصل أن من عقد لنفسه بطريق الأصالة فحكم تصرفه يقع له لا لغيره إلا لضرورة.

القــول الثاني : للمالكية[1]، والشافعية[2]، ورواية للحنبلية[3]: إن موت أحد المتعاقدين في عقدي المساقاة والمزارعة لا أثر له في انفساخ هذين العقدين كالإجارة، لأنهما عقدان لازمان فلا ينفسخان بالموت، ويقوم الوارث مقام الميت منهما.

القــول الثالث : الحنبلية في الراجح عندهم [4]: ذهب الحنبلية في الراجح عندهم إلى أن عقد المساقاة والمزارعة ينفسخ بالموت – كما قال بذلك الصاحبان من الحنفية – خلافاً لقولهم في عقــد الإجــارة مــن أنه ينفسخ بالموت، وعللّوا ذلك بأن : عقد المساقاة والمزارعة عقدان غير لازميــن علــى الرواية الراجحة عندهم، وبذلك تنفسخ هذه العقود بالموت كسائر العقود الجائزة غير اللازمة[5].

---

(1) الدسوقي : الحاشية ج٣/ص٣٤٦، الدردير : الشرح الكبير ج٣/ص٣٤٦.

(2) النووي : روضة الطالبين ج٥/ ص١٦٢، الغزالي : الوسيط ج٤/ ص١٤٨.

(3) ابن قدامة : المغني ج٥/ ص٤٠٨ و ٤٢١، ابن مفلح : المبدع ج٥/ ص٥١، ٥٩.

(4) المصدران السابقان .

(5) تعتــبر المســاقاة والمزارعة من العقود اللازمة عند الحنفية والمالكية والشافعية كعقد الإجارة. إلا أن المزارعة تعتبر لازمــة مــن الجانبين بعد إلقاء البذر أما قبله فهي لازمة في حق من لا بذر له، وغير لازمة لمن عليه البذر، وهو رأي الحنفــية والمالكية، لطفاً انظر : الكاساني : بدائع الصنائع ج٦/ ص١٧٥، ١٨٢، ١٨٥، ١٨٧، الحطاب : مواهب الجليل ج٥/ ص٤٠٨، الصاوي : بلغة السالك ج/ ص١٦٥، النووي : روضة الطالبين ج٥/ ص١٦٠، ١٦٨.

أمــا الحنبلــية ففي المذهب روايتان : الأولى أن عقد المساقاة والمزارعة من العقود الجائزة، وهي الرواية الراجحة في المذهب. الثانية : أنهما من العقود اللازمة . لطفاً : انظر : ابن قدامة : المغني ج٥/ ص٤٠٤ و ٤٢١، ابن مفلح : المبدع ج٥/ ص٤٩، ٥٩.

الترجيـــح :

بعـــد النظر في أقوال الفقهاء أرى أن الراجح فيها ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني من أن عقـــدي المساقاة والمزارعة لا ينفسخان بالموت كما هو عقد الإجارة؛ لكونهما عقدين لازمين من جهة، ودفعاً للضرر عن صاحب الشجر أو الأرض من جهة أخرى، والله أعلم.

الفـــرع الثانـــي : العقـــود الجائزة -غير اللازمة : - اتفق الفقهاء على أن للموت أثراً في انفساخها في الجملة، ومن أمثلة هذه العقود:

١- **عقد الوكالة:** اتفق الفقهاء على انفساخها بموت الموكل أو بموت الوكيل[١]، وعللوا ذلك بأن:

أ- الوكالة تعتمد الحياة فإذا انتفت انتفت صحتها؛ لانتفاء ما تعتمد عليه وهو أهلية التصرف[٢].

ب- الوكيل نائب عن الموكل في ماله، فإذا مات انتقل المال لورثته بموته فلا يلزمهم العقد[٣].

جـ- عقد الوكالة عقد جائز من الطرفين، فلكل واحد منهما أن يفسخ العقد متى شاء، فإذا توفي أحدهما فقد بطلت إرادته وانتهت رغبته، فبطلت آثار هذا العقد الذي كان يستمر باستمرار إرادة العاقدين[٤].

٢- عقـــد الشـــركة : عقد الشركة أيضاً كعقد الوكالة في انفساخه بموت أحد الشريكين أو كليهما باتفـــاق الفقهـــاء؛ لأن مبناها على الوكالة، وهي تنفسخ بالموت؛ لبطلان الملك وبطلان أهلية التصرف فكذلك الشركة[٥].

---

(١) السرخسي: المبسوط ج١٩/ص ١٢-١٣، الدردير: الشرح الكبير ج٣/ص٣٩٦، ابن جزي : القوانين الفقهية ص٢١٦، ابن رشد: بداية المجتهد ج٢/ص٣٠٢، الشربيني: مغني المحتاج ج٢/ص٣٠١، البهوتي: كشاف القناع ج٣/ص٤٦٨-٤٦٩ ابن حزم: المحلى ج٨/ص٢٤٦، المرتضى : عيون الأزهار ص٣٣١، المحقق : شرائع الإسلام ج٢/ ص٢٣٩.

(٢) الكاساني: بدائع الصنائع ج٦/ص٣٨، البهوتي : كشاف القناع ج٣/ص٤٦٨ فما بعدها.

(٣) الدردير: الشرح الكبير ج٣/ص٣٩٦.

(٤) ابن قدامة: المغني ج٥/ ص١٢٣.

(٥) الغنيمي: اللباب ج٢/ص١٣٠، الكاساني: البدائع ج٦/ص٧٨، مالك : المدونة الكبرى ج١٢/ص٨٤، الغزالي : الوسيط ج٣/ص٢٦٧، الشـــربيني : الإقـــناع ج١/ ص٢٩٤، البهوتي : كشاف القناع ج٣/ص٥٠٦، ابن قدامة : المغني ج٥/ =

٣- عقد المضاربة : اختلف الفقهاء في انفساخ عقد المضاربة بموت أحد المتعاقدين -رب المال والمضارب - على قولين :

القول الأول : لجمهور الفقهاء [1]: إن عقد المضاربة ينفسخ بموت أحد العاقدين، سواء كان ذلـــك قبل عمل المضارب أم بعده، وسواء كان المال ناضاً أو غير ناض[2]، إلا أنه في حالة عدم نضوض المال يجب تصفية المضاربة، وإعطاء كل ذي حق حقه.

وعلـــل جمهور الفقهاء انفساخ المضاربة بالموت: أنها من العقود الجائزة من الطرفين، وهي تشتمل على الوكالة، والوكالة تنفسخ بموت الموكل والوكيل.

القـــول الثاني : للمالكية [3]: إن عقد المضاربة قبل الشروع في العمل - أي والمال ناض- هو عقد جائز، فينفسخ بموت أحد المتعاقدين كقول الجمهور.

أما بعد شروع العامل بالعمل - قبل نضوض المال - فإن عقد المضاربة يصير عقداً لازماً، وعقداً يورث فلا ينفسخ بموت أحد العاقدين، بل يبقى قائماً إلى أن ينض المال.

=ص٢٤- ٢٥، الشوكاني : السيل الجرار ج٣/ ص٢٤٨، ابن المرتضى : عيون الأزهار ص٣٣١، الخياط: الشركات في الشريعة الإسلامية ج١/ ص٣٤٦ فما بعدها.

[1] الكاساني : ج٦/ ص١١٢، الموصلي : الاختيار ج٣/ ص٣٤، الشيرازي : المهذب ج١/ ص٣٩٥، الشربيني : مغني المحتاج ج٢/ص٤١١، البهوتي : كشاف القناع ج٣/ ص٥٢٢، ابن حزم : المحلى ج٨/ ٢٤٩، الشوكاني : السيل الجرار ج ٣/ص٢٣٧، ابن المرتضى : عيون الأزهار ص٣٢٤، المحقق : المختصر النافع في فقه الإمامية ص١٤٦، الناشر : دار الكتاب العربي - مصر.

[2] نـــضَّ المال أي : تحول عيناً - دراهم أو دنانير - بعد أن كان متاعاً، وفي مختار الصحاح: يقال خذ ما نض لك من دين أي : ما يتيسر، وهو يستنض حقه من فلان أي : يستنجزه ، ويأخذ منه الشيء بعد الشيء . انظر : الرازي : محمد بـــن أبي بكر بن عبد القادر الرازي : مختار الصحاح ص٣١٣، مادة (نضض)، الناشر : المكتبة العصرية -بيروت، ط (٣) سنة ١٤١٨هـــ - ١٩٩٧م، والفيومي : المصباح المنير ج٢/ ص٨٣٨. وقال البهوتي في كشاف القناع : نض المال أي : صار مثل حالة وقت العقد عليه دنانير أو دراهم. انظر : ج٣/ ص٥٠٦.

[3] ابن رشد : بداية المجتهد ج٢/ ص٢٤٠، الخرشي : الخرشي على مختصر خليل ج٦/ ص٢٢٣، ابن جزي : القوانين الفقهية ص١٨٦.

وذكر المالكية أنه في حالة موت العامل بعد الشروع في العمل على وارثه الأمين– ولو أقل أمانة من مورثه– أن يتمّ العمل ويكمله على حكم ما كان مورثه، فإذا لم يكن أميناً وجب عليه أن يأتـــي بأمين كالعامل في الأمانة والثقة يكمل العمل. فإن لم يأت الوارث بأمين سلم المال لصاحبه هدراً أي من غير ربح؛ لأن القراض كالجعل لا يستحق العامل فيه شيئاً إلا بتمام العمل.

الترجيـــح :

بعد النظر إلى أقوال الفقهاء في هذه المسألة أرى أن الراجح هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء مـــن انفســـاخ المضاربة بموت أحد المتعاقدين، نظراً لكونها عقداً جائزاً من الطرفين، فكما أنها تنتهـــي بإرادتهمـــا عن طريق الفسخ، فمن باب أولى أن تنتهي بما هو خارج عن إرادتهما وهو الموت –والله أعلم–.

٤- **عقــد الإعــارة :** عقــد الإعارة ينفسخ بموت المعير أو المستعير عند جمهور الفقهاء من : الحنفية والشافعية والحنبلية والزيدية[١]، وقد علل الحنفية انفساخ العارية بالموت بأن:

١- المعــير إذا مات انتقلت العين إلى وارثه، والمنفعة بعد هذا تحدث على ملكه، وإنما جعل المعير للمستعير ملك نفسه لا ملك غيره.

أما إذا مات المستعير فإنّ المنفعة لا تورث؛ لأن الوراثة خلافة وذلك فيما كان للميت فيخلفه فيه وارثه، وإذا كانت المنافع لا تبقى وقتين لا يتصور فيها هذه الخلافة.

٢- العقــد علــى المنفعة بعوض يبطل بموت أحد المتعاقدين كما في الإجارة، فما كان منها بغير عوضٍ أولى (الإعارة).

أما الشافعية والحنبلية فقد عللوا قولهم بانفساخها بالموت لسببين :

---

[١] السرخسي : المبسوط ج١١/ ص١٤٣، ابن عابدين : حاشية رد المحتار ج٥/ ص٦٨٥، النووي: روضة الطالبين ج٤/ ص٤٣٧، ابن قدامة : المغني ج٥/ ص٢٢٥، ابن المرتضى : عيون الأزهار ص٣٥٠، السيل الجرار ج٣/ ص٢٨٩.

أحدهما : أن عقد الإعارة عقد جائز من الطرفين، فينفسخ بالموت كسائر العقود الجائزة.

الثانـــي : العارية تقتضي إباحة المنافع، وهي بحاجة إلى الإذن بالانتفاع، فإذا مات المستعير بطل الإذن بالموت؛ لأن الإذن إنما كان للمستعير دون وارثه.

وقــد خـــالف المالكية جمهور الفقهاء وقالوا بعدم انفساخ العارية بالموت؛ لأنها تعتبر عندهم عقــداً لازمـــاً إذا كانت مقيدة بعمل كزراعة أرض بطناً فأكثر أو بأجلٍ كسكنى دار شهراً مثلاً، فتلزم إلى انقضاء ذلك العمل أو الأجل.

أمـــا إذا كانـــت مطلقـــة فإنهـــا تلزم إلى انقضاء عملٍ أو مدة ينتفع فيها بمثلها عادة في المشهور عندهم[1].

والوديعة[2] مثل العارية بالنسبة إلى انفساخها بالموت، على اعتبار أنها وكالة في الحفظ فكانت كالوكالة في العقد والفسخ[3]، على تفصيل في بعض الفروع يرجع إليها في مواضعها من كتب الفقه.

الفـــرع الثالـــث : عقود لازمة بالنسبة لأحد العاقدين، غير لازمة بالنسبة للعاقد الآخر، ومنها عقــد الـــــرهن :

الرهن في اللغة له معان عدة ومن هذه المعاني [4]:

١- الدوام والثبوت : يقال : رهن الشيء أي : دام وثبت، وماء راهن : أي دائم، ويقال :

---

(١) الخرشي: الخرشي على مختصر خليل ج٦/ ص١٢٦، ابن جزي : القوانين الفقهية ص٢٤٥ فما بعدها، ابن رشد: بداية المجتهد ج٢/ ص٣١٣، مالك : المدونة الكبرى ج١٥/ص١٦٧، وانظر أيضاً : ص ١٠٠ من هذا البحث.

(٢) الوديعـــة في اصطلاح الفقهاء هي : اسم للمال المختص المدفوع إلى من يحفظه بلا عوض، انظر : البهوتي : كشاف القناع ج٤/ص١٦٦

(٣) الشربيني : مغني المحتاج ج٣/ص١٠٧، الإقناع ج٢/ ص٤٥، البهوتي : كشاف القناع ج٤/ ص١٦٧، المحقق : شرائع الإسلام ج٢/ ص٢٢٧.

(٤) ابن منظور : لسان العرب ج١/ ص١٢٣٤ فما بعدها، مادة (رهن)، الرازي : مختار الصحاح ص١٣٠.

أرهنت لهم الطعام والشراب أي : أدمته لهم .

٢- الحبس : ومنه قوله تعالى : "كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ "[١] أي : محبوسة بكسبها، وقوله تعالى : "كُلُّ امْرِئٍ بِمَا كَسَبَ رَهِينٌ " [٢] أي : محتبس بعمله .

وفي الاصطلاح الشرعي هو : حبس شيء مالي بحق يمكن استيفاؤه منه كالدين [٣].

وعقد الرهن مشروع بالكتاب والسنة والإجماع :

أما الكتاب فقوله تعالى : "وَإِنْ كُنتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ "[٤]، فهذا نص صريح على مشروعيته .

وأما السنة فأحاديث كثيرة منها : حديث السيدة عائشة رضي الله عنها أنها قالت : "توفي رسول الله ﷺ ودرعه مرهونة عند يهودي بثلاثين صاعاً[٥] من شعير" [٦].

وأما الإجماع : فقد أجمع المسلمون على جواز الرهن في الجملة [٧].

أثر الموت في انفساخ عقد الرهن قبل قبض المرهون وبعده

أولاً : قبل القبض : ذهب جمهور الفقهاء[٨] – ما عدا المالكية- إلى أن عقد الرهن لا يلزم

---

[١] سورة المدثر : الآية رقم (٣٨).

[٢] سورة الطور : الآية رقم (٢١).

[٣] ابن عابدين : رد المحتار على الدر المختار ج٤/ ص٣٥٢ و ج٦/ ص٤٧٧.

[٤] سورة البقرة : الآية رقم (٢٨٣) .

[٥] الصاع هو : مكيال لأهل المدينة يأخذ أربعة أمداد بمدّ النبي ﷺ ، والمد مختلف فيه: قيل : رطل وثلث عند أهل العراق، فيكون الصاع خمسة أرطال وثلثاً، وقيل المد : رطلان وبه أخذ أبو حنيفة، فيكون الصاع ثمانية أرطال، انظر : ابن منظور : لسان العرب ح٢/ص٤٩٣، فما بعدها مادة (صوع) والشوكاني : نيل الأوطار ج١/ ص٣١٤.

[٦] أخرجه : البخاري : صحيح البخاري ، كتاب الجهاد، باب ما قيل في درع النبي ﷺ ، حديث رقم (٢٧٥٩) ج٣/ ص ١٠٦٨.

[٧] ابن قدامة : المغني ج٤/ ص٣٦٢.

[٨] ابن عابدين : رد المحتار ج٦/٤٧٨-٤٧٩، الرملي : نهاية المحتاج ج٤/ ص٢٥٣، البهوتي : كشاف القناع ج٣/ ص ٣٣٠، ابن حزم : المحلى ج٨/ ص٨٨، ابن المرتضى: البحر الزخار ج٥/ ص١١١، المحقق : المختصر النافع ص١٣٧، أطفيش : شرح النيل وشفاء العليل ج١١/ ص٤٠-٤١.

إلاّ بالقبض والإقباض من جائز التصرف، فالقبض عندهم من شروط اللزوم، واستدلوا لما ذهبوا إلـيه بقولـه تعـالى:" فَـرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ "[1]، ووجه الاستدلال : أن الله تعالى قد وصف الرهن بالقـبض فدل على أنه لا يلزم إلا به، ولأن عقد الرهن عقد إرفاق وتبرع – بدليل أن الإنسان لا يجبر عليه – يفتقر إلى القبول فافتقر إلى القبض.

وعلـيه، فإن عقد الرهن قبل قبض المرهون عقد غير لازم، يحق للراهن أن يرجع عنه متى شاء .

وبـناء علـى ما سبق إذا مات أحد المتعاقدين – الراهن أو المرتهن – قبل القبض فالأصل والمفـروض عند الجمهور أن ينفسخ العقد كسائر العقود الجائزة، إلا أنهم اختلفوا في انفساخ عقد الرهن بالموت قبل قبض المرهون على قولين :

القـول الأول : للحنفية [2]، ورواية عند الشافعية[3]، والجعفرية[4]، والزيدية[5]: إن عقد الرهن ينفسخ بموت أحد العاقدين قبل القبض؛ لأنه عقد جائز، فلا يجبر الورثة على الإقباض والقبض، بخلاف البيع فإنه لا يشترط فيه قبض المبيع فلا ينفسخ بالموت كما مر.

القول الثاني : للشافعية في الأصح عندهم[6]، والحنبلية[7]: إن عقد الرهن لا ينفسخ بموت الراهـن أو المرتهن قبل القبض للمرهون؛ لأن مصير الرهن يؤول إلى اللزوم فلا يتأثر بموتهما

---

[1] سورة البقرة : الآية رقم (٢٨٣).

[2] العبادي : أبو بكر محمد بن علي الحدادي العبادي : الجوهرة النيرة ج١/ ص٢٢٦، الناشر : المطبعة الخيرية،

[3] النووي : روضة الطالبين ج٤/ ص٧٠، الشيرازي المهذب ج١/ ص٣١٤.

[4] المحقق : شرائع الإسلام ج٢/ ص١٩٤.

[5] ابن المرتضى : البحر الزخار ج٥/ ص١١٣.

[6] النووي : روضة الطالبين ج٤/ ص٧٠، الرملي : نهاية المحتاج ح٤/ ص٢٥٧-٢٥٨.

[7] البهوتي : كشاف القناع ج٣/ ص٣٣٢ ، ابن قدامة : الكافي في فقه ابن حنبل ج٢/ ص١٢٣، الناشر: المكتب الإسلامي – بيروت، ط (٥) سنة ١٤٠٨هـ –١٩٨٨م.

كالبيع في زمن الخيار، وعليه يقوم وارث الراهن مقامه في الإقباض، ووارث المرتهن مقامه في القبض، إلا أنه إذا مات الراهن لم يلزم ورثته الإقباض.

أمـــا المالكـــية[1] : فقـــد صرحوا بأن عقد الرهن يلزم بالعقد أي : بمجرد صدور الإيجاب والقـــبول، ويـــتم بالقبض، فهو شرط تمام لا شرط لزوم عندهم، قياساً على سائر العقود اللازمة بـــالقول، ويجبر الراهن حينئذٍ على إقباض المرهون للمرتهن إذا طالبه به، فإن تراخى المرتهن عن المطالب به، أو رضي بتركه في يد الراهن حتى مات انفسخ الرهن.

وصـــرحوا أيضـــاً بأن الرهن ينفسخ بموت الراهن قبل حَوْز المرهون ولو جدّ المرتهن في حوزه فإنه لا يفيده.

أمـــا إذا مـــات المرتهـــن فلا ينفسخ الرهن، ويقوم ورثته مقامه في مطالبة المدين (الراهن) وقبض المرهون.

الترجيـــح :

بعـــد النظر إلى أقوال الفقهاء أرى أن الراجح ما ذهب إليه أصحاب القول الأول من أن عقد الرهـــن ينفسخ بموت أحد المتعاقدين قبل القبض، نظراً لأن عقد الرهن قبل القبض غير لازم من الطرفين فينفسخ بالموت كسائر العقود الجائزة، والله أعلم.

ثانـــياً : بعد القبض : عقد الرهن بعد القبض يصير لازماً من جهة الراهن فقط، أما المرتهن فهو جائز في حقه مطلقاً [2].

---

[1] ابن رشد : بداية المجتهد ج٢/ ص٢٧٤، الدردير: الشرح الصغير ج٣/ص٣١٣، ٣١٦، والشرح الكبير ج٣/ ص٢٤١، الكشناوي : أسهل المدارك ج٢/ ص١٤٦.

[2] الاختيار: الموصلي ج٢/٩٧، الشيرازي: المهذب ج١/ ص٣١٢، البهوتي: كشاف القناع ج٣/ ص٣٣١، ابن المرتضى: البحر الزخار ج٥/ ص١١١.

واتفـــق الفقهاء[1] – ما عدا الظاهرية – على أن عقد الرهن لا ينفسخ بموت أحد المتعاقدين بعـــد قبض المرهون، ويقوم الورثة مقام المتوفى منهما، وتبقى العين المرهونة تحت يد المرتهن أو ورثته، والمرتهن أحق بالرهن وبثمنه إن بيع سواء في حياة الراهن أم بعد وفاته.

أمـــا الظاهـــرية [2]: فقـــد ذهبوا إلى أن الرهن ينفسخ بموت الراهن أو المرتهن بعد القبض، ويجـــب رد الرهـــن إلـــى الراهن أو إلى ورثته، ولا يكون المرتهن أولى بثمن الرهن من سائر الغرماء، وعللوا ذلك بأنه في حالة موت المرتهن فقد سقط حقه في الرهن بالموت، ولا ينتقل هذا الحـــق إلـــى الورثة؛ لأن الأموال هي التي تورث لا الحقوق التي ليست أموالاً، وعليه يجب رد الرهن إلى صاحبه.

وإذا مات الراهن فإن عقد المرتهن كان معه لا مع ورثته، وقد سقط ملك الراهن عن الرهن بموتـــه، وانـــتقل ملكـــه إلى ورثته أو إلى أحد غرمائه، والراهن أحد غرمائه، ولا عقد للمرتهن معهم.

الترجيـــــح :

بعد النظر إلى أقوال الفقهاء أرى أن الراجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أن عقد الرهن بعـــد القـــبض لا ينفســـخ بمـــوت أحد المتراهنين؛ لأن الرهن بعد القبض يصير لازماً، والعقود اللازمة إذا تمت لا تنفسخ بالموت والله أعلم .

---

[1] ابـــن عابديـــن : رد المحتار ج٦/ ص٥٢٠، الطوري : محمد بن حسين بن محمد علي الطوري : تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج٨/ ص٢٨٨، الناشر : دار المعرفة – بيروت، الصاوي : بلغة السالك ج٢/ ص١٠٤، الإمام مالك : المدونـــة ج١٤/ ص٣٠٩، ابـــن قدامة : المغني ج٤/٤٤٧-٤٤٨، ابن المرتضى : البحر الزخار ج٥/١٢٢، المحقق : شرائع الإسلام ج٢/١٩٦، ١٩٨، والمختصر المفيد لنفس المؤلف ص١٣٨، أطفيش : شرح النيل وشفاء العليل ج١١/ ص ٧٤-٧٥، وانظر أيضاً: باشا : مرشد الحيران ص١٩٠، المادة (٩٧١).

[2] ابن حزم : المحلى ج٨/ ص١٠٠.

المطلب الثالث

غصب المعقود عليه

تعريف الغصب :

الغصب لغة : هو أخذ الشيء ظلماً وقهراً، يقال : غصب الشيء يغصبه غصباً، واغتصبه فهو غاصب، ويقال : غصب فلاناً على الشيء أي : قهره[1] .

وأما اصطلاحاً : فهو إزالة يد المالك عن ماله المتقوم على سبيل المغالبة والمجاهرة بفعل في المال[2].

الحكم الشرعي للغصب : الغصب حرام شرعاً إذا فعله الغاصب عن علم، لأنه معصية، وقد ثبت تحريمه بالكتاب والسنة والإجماع [3]:

أمـــا الكـــتاب : فقوله تعالى : "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ "[4].

وأما السنة النبوية: فمنها قوله ﷺ في خطبته يوم النحر:"فإن دماءكم وأموالكم وأعراضكم بينكم حرام كحرمة يومكم هذا، في شهركم هذا في بلدكم هذا "[5]. "وقوله : " لا يحلّ

---

[1] ابن منظور : لسان العرب ج٢/ص٩٩٢، مادة (غصب)، الفيومي : المصباح المنير ج٢/ص٦١٣.

[2] الكاساني : بدائع الصنائع ج٧/ص١٤٣.

[3] الكاســاني : الــبدائع ج٧/ص١٤٣، الكشناوي : أسهل المدارك ج٢/ص١٩٦، الشيرازي ج١/ص٣٧٤، ابن قدامة : المغني ج٥/ص٢٣٨.

[4] سورة النساء : الآية رقم (٢٩).

[5] الحديث أخرجه : البخاري: صحيح البخاري، كتاب العلم، باب قول النبي ﷺ : "رب مبلغ أوعى من سامع، حديث رقم (٦٧)، ج١/ص٣٧، ومسلم : صحيح مسلم، كتاب الحج، باب حجة النبي ﷺ ، حديث رقم (١٢١٨)، ج٢/ص٨٨٩، وذكره أيضاً في كتاب القسامة، باب تغليظ تحريم الدماء والأعراض والأموال، حديث رقم (١٦٧٩)، ج٣/ص١٣٠٦.

مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسٍ منه "[1].

وأما الإجماع: فقد أجمع المسلمون على تحريم الغصب – بكل أشكاله وصوره – في كل العصور، من لدن أصحاب رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا [2].

غصب المعقود عليه :

غصـب المعقـود علـيه في بعض العقود يوجب انفساخها، ومن الأمثلة على ذلك عقد الإجارة، وبيانه على النحو الآتي :

إذا غصـبت العيـن المستأجرة في إجارة الأعيان المعينة، كمن استأجر داراً معينة مدة شـهر بأجرة معلومة فغصبت، اختلف الفقهاء في حكم عقد الإجارة: هل ينفسخ بغصب العين أم يبقى العقد مع ثبوت خيار الفسخ للمستأجر ؟ واختلافهم هذا جاء على ثلاثة آراء :

الـرأي الأول وهـو للحنفـية [3]، والـزيدية [4]: إذا غصبت العين المستأجرة من يد المسـتأجر انفسـخ العقـد وسقطت الأجرة كاملة عن المستأجر فيما إذا غصبت العين في جميع المـدة؛ لأن تسـليم المحـل إنما أقيم مقام تسليم المنفعة للتمكن من الانتفاع فإذا فات التمكن فات التسليم وانفسخ العقد فتسقط الأجرة .

أمـا إذا غصـبت العيـن فـي بعض المدة انفسخ العقد وسقط من الأجر بحسابها، لأن الانفساخ في بعضها. ولو زال الغصب قبل نهاية المدة فإن الإجارة لا تعود .

---

[1] أخـرجه : الـدار قطنـي : سنن الدار قطني، ج٣/ص٢٦، حديث رقم (٩٢) من حديث أبي حرة الرقاشي عن عمه، وأورده الهيثمي في مجمع الزوائد، باب الغصب وحرمة مال المسلم، ج٤/ص١٧٢، وقال : رواه أبو يعلي وأبو مرة وثقه أبو داود، وضعفه ابن معين.

[2] ابن قدامة : المغني ج٥/ص٢٣٨.

[3] المرغيناني : الهداية ج٣/ص٢٣٢، الزيلعي : تبيين الحقائق ج٧/ص٣٠١، ابن نجيم : البحر الرائق ج٨/ص٧، الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند : الفتاوى الهندية ج٤/ص٤١٣، ص٤٣٧

[4] ابن المرتضى : البحر الزخار ج٥/ص٥٩ وعيون الأزهار لنفس المؤلف ص٣١٢.

وخالف بعض الحنفية وذهبوا إلى أن الإجارة لا تنفسخ بغصب العين، وإذا زال الغصب في أثناء المدة فللمستأجر أن ينتفع بالعين المدة الباقية وليس للمؤجر أن يمنعه.

الـــرأي الثانـــي : للمالكـــية[١] : فقد ألحقوا الغصب بتعذر الاستيفاء من المعقود عليه، فحكمـــوا بانفساخ العقد به، وذكروا أن الإجارة تنفسخ بتعذر ما يستوفى منه المنفعة، والتعذر أعم من التلف، فيشمل الضياع والمرض والغصب وغلق الحوانيت قهراً وغير ذلك.

الـــرأي الثالث وهو للشافعية[٢]، والحنبلية[٣]، والجعفرية [٤]: إن عقد الإجارة لا ينفسخ بغصب العين المستأجرة، ويثبت للمستأجر خيار الفسخ؛ لأن فيه تأخير حقه، فإن فسخ فحكم العقد كمـــا لو انفسخ بتلف العين سواء، وإن لم يفسخ حتى انقضت مدة الإجارة فللمستأجر الخيار بين الفســـخ والرجوع على المؤجر بالمسمّى أي الأجرة المتفق عليها في العقد، وبين البقاء على العقد ومطالبة الغاصب بأجر المثل، لأن المنافع تلفت في يد الغاصب فصار كالمبيع إذا أتلفه الأجنبي.

الترجيـــــح :

بالـــنظر إلـــى آراء الفقهـــاء أميل إلى ترجيح الرأي الأول القائل بانفساخ عقد الإجارة بغصـــب العيـــن المســـتأجرة؛ لزوال التمكن من الانتفاع بها فلا فائدة من بقاء العقد عندها، والله أعلم.

---

[١] الدردير : الشرح الصغير ج٤/ص٤٩، ٥١.

[٢] الشيرازي: المذهب ح١/ص٤١٣، النووي : روضة الطالبين ج٥/ص٢٤٢، القليوبي وعميرة : حاشيتا القليوبي وعميرة ج٣/ص١٢٩.

[٣] ابن قدامة : المغني ج٥/ص٤٥٥، البهوتي : كشاف القناع ج٤/ص٢٩.

[٤] المحقق : شرائع الإسلام ج١/ص٢٣٦.

المطلب الرابع

انتهاء مدة العقد

تنقسم العقود من حيث قبولها للتأقيت وعدمه إلى ثلاثة أقسام :

الأول : عقــود لا تقبل التأقيت مطلقاً، بل تظهر آثارها بمجرد العقد، ومنها : عقد البيع، فــإن الملــك يثبت للمشتري في المبيع، وللبائع في الثمن في الحال[1]، جاء في الأشباه والنظائر للإمام السيوطي : "والحاصل أن ما لا يقبل التأقيت بحال، ومتى أقت بطل البيع بأنواعه ... "[2].

ومــنها : عقد الهبة، لأنها عقد تمليك لعين في الحال، وتمليك الأعيان لا يصح مؤقتاً، كالبيع، فلو قال: وهبتك هذا سنة، لم يصح[3].

ومــنها أيضــاً : عقد النكاح، كأن يتزوج إمرأة بشهادة شاهدين إلى مدة معلومة كعشرة أيــام، أو شهر مثلاً لم يصح عند عامة الفقهاء إلا من شذّ منهم كالإمام زفُر من الحنفية الذي قال بصحة العقد وبطلان الشرط[4].

الثانــي :عقــود لا تصلح إلا أن تكون مؤقتة، لأنها بحاجة إلى فترة زمنية ممتدة لتظهر آثارها، ومن أمثلة ذلك : عقد الإجارة، والمساقاة، والمزارعة.

الثالث : عقود لا تصح إلا مطلقة دون أن تحدد إلى أجل معين، وتصح أيضاً مقيدة بأجل

---

[1] الكاساني : بدائع الصنائع ج٥/ص٢٣٣.

[2] السيوطي : الأشباه والنظائر ص٣٥٦.

[3] الكاساني : بدائع الصنائع ج٦/ص١١٨، الدسوقي : حاشية الدسوقي ج٤/ص٩٧، ابن قدامة: الكافي في فقه ابن حنبل ج٢/ص٤٧٣، ابن مفلح : المبدع ج٥/ص٣٦٨.

[4] ابن الهمام: شرح فتح القدير ج٣/ص٢٤٩، الدسوقي: حاشية الدسوقي ج٢/ص٢٣٨، الشربيني: مغني المحتاج ج٣/ص١٩٢، ابن مفلح : المبدع ج٧/ص٨٨.

مــثل: عقد العارية، والوكالة، والكفالة، والشركة، والمضاربة[1]، مع تفصيل عند الفقهاء ينظر في محله من كتب الفقه.

وبــناء على ما سبق فإن العقود والتصرفات التي تكون مؤقتة بمدة معلومة قد تم الاتفاق عليها تنفسخ من تلقاء نفسها بانقضاء مدتها، ويترتب على ذلك وجوب رد الحق إلى صاحبه كما كــان، فإذا كان المعقود عليه عيناً وجب على المتعاقد رد العين إلى مالكها، وإذا كان العقد يجيز للشخص أن يقوم بتصرف من التصرفات فيحظر عليه التصرف، وهناك أمثلة كثيرة على العقود التي تنفسخ بانقضاء مدتها، وإليك بعضها:

١- **عقــد الإجــارة** : اتفــق الفقهاء[2] على أن الإجارة إذا وقعت على مدة فإنها تنفسخ بانــتهاء مدتها؛ لأن الثابت إلى غاية ينتهي عند وجود الغاية، فمن استأجر داراً مدة سنة مثلاً، أو شخصاً ليخدمه شهراً، فبانقضاء هذه المدة ينفسخ العقد.

وهذا ما أكدته مجلة الأحكام العدلية في مادتها رقم (٥٩١) وفيها[3]: "يلزم المستأجر رفع يــده عن المأجور عند انقضاء الإجارة". وعليه بموجب هذه المادة لا يتمتع المستأجِر بأي حماية للبقاء في المأجور بعد انتهاء مدة الإجارة.

إلا أن هــذه المادة التي نصَّت عليها مجلة الأحكام العدلية لم تبقَ نافذة على هذا الإطلاق فــي يومــنا هــذا، فقد صدر عن حكومة المملكة الأردنية الهاشمية ما سمي بقانون : "المالكين والمستأجرين"، رقم (٦٢) لسنة (١٩٥٣م)، وهو قانون اختص بمعالجة العقارات المؤجرة لغايات الســكن أو للغايــات التجارية، بحيث تسري أحكام هذا القانون على أي عقار في أية منطقة من

---

[1] السيوطي : الأشباه والنظائر ص٣٥٦.

[2] الكاساني : بدائع الصنائع ج٤/ص٢٢٣، ابن جزي : القوانين الفقهية ص١٨٢، الشربيني : مغني المحتاج ج٢/ص٤٣، ابن قدامة : المغني ج٥/ص٤٣٨، ابن حزم : المحلى ج٨/ص١٨٣.

[3] باز: شرح المجلة ص٣١٦.

المناطق البلدية أو المجالس المحلية، أما فيما يتعلق بخارج هذه المناطق فتسري عليها أحكام مجلة الأحكام العدلية، وهذا القانون معمول به عندنا في فلسطين[1].

هذا وقد نصت المادة الرابعة من القانون السابق – قانون المالكين والمستأجرين– على أنه[2] :"لا يجوز لأية محكمة أو مأمور إجراء أن يصدر حكماً أو أمراً بإخراج مستأجر من أي عقار بقطع النظر عن انتهاء أجل عقد إيجاره ".

وبموجب هذا القانون أصبح عقد الإجارة مع الأسف عقداً مؤبداً على خلاف ما هو معمول به عند الفقهاء القدامى. وقد استثنى قانون المالكين والمستأجرين من الحكم السابق أحوالاً يجوز فيها للمؤجر أن يفسخ العقد ومنها [3]:

١- عدم دفع الأجرة .

٢- مخالفة شروط العقد.

٣- ترك المأجور لمدة تزيد على ستة أشهر.

٤- رغبة المالك في شغل العقار بنفسه.

٢- **عقد المزارعة:** ذهب جمهور الحنفية[4]، إلى أن من شروط صحة عقد المزارعة ذكر مدة معلومة، فلا تصح المزارعة بدون بيانها؛ لأنها استئجار ببعض الخارج، والإجارة لا تصح مع جهالة المدة فكذلك المزارعة، وعليه إذا انقضت مدة المزارعة انفسخ العقد.

يقول الكاساني في معرض حديثه عن الأمور التي ينفسخ بها عقد المزارعة [5]: "ومنها انقضاء

---

(١) انظر : مجموعة القوانين والأنظمة الصادرة عن نقابة المحاميين النظاميين الفلسطينيين ج١/ص٣٧٢.

(٢) المرجع السابق ج١/ص٣٧٣.

(٣) المرجع السابق ج١/ص٣٧٣-ص٣٧٥.

(٤) الكاساني : بدائع الصنائع ج٦/ص١٨٠.

(٥) المرجع السابق ج٦/ص١٨٤.

مدة المزارعة؛ لأنها اذا انقضت فقد انتهى العقد، وهو معنى الانفساخ".

أمـــا محمـــد بن الحسن من الحنفية[1]، والمالكية[2]، والحنبلية[3]: فقد ذهبوا إلى أن عقد المزارعة يجـــوز بـــلا بيان مدة، وذلك لأن النبي ﷺ لم يضرب لأهل خيبر مدة، ولا خلفاؤه الراشدون من بعده لم يضربوا مدة ، وتقع المزارعة على أول زرع يخرج.

٣- عقد الوكالة :

اختلف الفقهاء في مدى انفساخ عقد الوكالة بانتهاء المدة المحددة له على قولين:

القول الأول : وهو للحنفية إن عقد الوكالة لا ينفسخ بانتهاء المدة المحددة للوكيل. جاء في حاشية ابن عابدين : "ولو وكله إلى عشرة أيام : هل تنتهي بمضي العشرة ؟ روايتان، الأصح لا "[4].

القـــول الثاني : للشافعية، والحنبلية : إن عقد الوكالة ينفسخ بانتهاء مدته إن كان على مدة. جاء في مغني المحتاج : "ويصح تأقيتها (الوكالة) كوكلتك شهراً، فإذا مضى الشهر امتنع على الوكيل التصرف "[5].

وفي كشاف القناع : "تصح الوكالة مؤقتة كأنت وكيلي شهراً "[6].

الترجيـــح :

بعـــد استعراض آراء الفقهاء أرى أن الراجح فيها ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني من أن عقـــد الوكالة ينفسخ بانقضاء مدته، لأن تقييد الموكل العقد بمدة محددة قد يكون له غرض في ذلك، والقول بعدم انفساخ العقد بانتهاء مدته المحددة قد يؤدي إلى الإضرار بالموكل، والله أعلم.

---

(١) ابن عابدين : رد المحتار على الدر المختار ج٦/ص٢٧٥.
(٢) الخرشي : الخرشي على مختصر خليل ج٦/ص٦٣، الدسوقي : حاشية الدسوقي ج٣/ص٣٧٢.
(٣) البهوتي : كشاف القناع ج٣/ص٥٣٧.
(٤) ابن عابدين : رد المحتار على الدر المختار ج٧/ص٣٩٣.
(٥) الشربيني: مغني المحتاج ج٢/ص٢٨٩.
(٦) البهوتي : ج٣/ص٤٦٢.

٤- **عقد المضاربة** : اختلف الفقهاء في جواز تأقيت عقد المضاربة بمدة محددة، ومن ثم انفســاخه بانقضاء هذه المدة، كما لو قال رب المال: ضاربتك على هذه الدنانير أو الدراهم سنة، واختلافهم هذا جاء على ثلاثة أقوال :

القــول الأول : للحنفية[١]**، والحنبلية**[٢]: يجوز تأقيت المضاربة بمدة محددة، فإذا انتهت هذه المدة انفسخت. وهذا يتضح من خلال النصوص الفقهية الآتية :

١- يقول الكاساني من الحنفية :

"ولو قال : خذ هذا المال مضاربة إلى سنة جازت المضاربة عندنا "[٣].

وقــد علــل ذلــك بقوله :" إن المضاربة توكيل، والتوكيل يحتمل التخصيص بوقت دون وقت"[٤].

٢- وجاء في بداية المبتدي : "وكذلك إن وقت للمضاربة وقتاً بعينه يبطل العقد بمضيه "[٥].

وقــد بيــن المرغينانـــي السبب في جواز تأقيت المضاربة بقوله : "لأنه توكيل، فيتوقت بما وقته، والتوقيت مفيد، وإنه تقييد بالزمان فصار كالتقييد بالنوع والمكان "[٦].

٣- وجــاء فـــي المغني لابن قدامة الحنبلي: "ويصح تأقيت المضاربة مثل أن يقول : ضاربتك على هذه الدراهم سنة فإذا انقضت فلا تبع ولا تشترِ "[٧].

وقد وجه ابن قدامة لهذا بقوله :

---

[١] الموصلي : الاختيار ج٣/ص٣١.

[٢] البهوتي : كشاف القناع : ج٣/ص٥١٢.

[٣] بدائع النصائع ج٦/ص٩٩.

[٤] المرجع السابق نفس الموضع.

[٥] المرغينانـــي: بدايـــة المبتدي ص١٧٨، تحقيق : حامد إبراهيم كرسون، ومحمد عبد الوهاب بحيري، الناشر : مطبعة محمد علي صبيح، ط (١) سنة ١٣٥٥هـــ.

[٦] الهداية: ج٣/ص٢٠٥.

[٧] انظر: ج٥/ص٦٩.

" إنــه – عقــد المضــاربة – تصرف بتوقت بنوع من المتاع، فجاز توقيته في الزمان كالوكالة "[1].

القــول الثانــي : للمالكــية، والظاهرية: لا يجوز تأقيت المضاربة على الإطلاق، لأن المضــارب قد لا يتمكن من تحقيق الربح خلال هذه المدة المعينة، فيضيع عمله هدراً بلا فائدة، ويعتبر عقد المضاربة في حال تأقيته عقداً فاسداً، ويعطي العامل حينها قراض المثل .

جــاء في الشرح الكبير فيما إذا أجلت المضاربة بأن قيل للمضارب : "اعمل به سنة، أو ســنة من الآن أو إذا جاء الوقت الفلاني فاعمل به ففاسد، وفيه قراض المثل إن عمل لما فيه من التحجير الخارج عن سُنّة القراض "[2].

وقال ابن حزم الظاهري : "ولا يجوز القراض إلى أجل مسمى أصلاً "[3].

القول الثالث : للشافعية[4]، والزيدية [5]: وقد فصلوا بين حالات ثلاث على النحو الآتي:

١- إذا كــان التأقيــت مطلقــاً بأن قال رب المال : ضارب بهذا المال سنة، فإن عقد المضاربة يكون فاسداً، لأن التأقيت قد أخلّ بمقصود العقد، فقد لا يربح المال في المدة المحددة.

٢- إذا مُــنعَ المضارب من التصرف بالبيع أو الشراء بعد المدة المحددة، كما لو قال رب المال: ضــارب بهذا المال سنة، فإذا انتهت فلا تبع ولا تشتر. ففي هذه الحالة يفسد عقد المضاربة أيضاً، لأن مدة العقد قد تنتهي وفي مال المضاربة سلع وعروض، فيكون المضارب ممنوعاً

---

(١) المرجع السابق نفس الموضع.

(٢) ج٣/ ص٥١٩.

(٣) المحلى ج٨/ص٢٤٧.

(٤) الشربيني : مغني المحتاج ج٢/ص٤٠٢.

(٥) ابن المرتضى : البحار الزخار ج٥/ص٨٢، ولنفس المؤلف : عيون الأزهار ص٣٢١.

مـــن بـــيعها، ولا يجوز لرب المال منع المضارب من بيع سلع المضارب حتى وإن اشترط ذلك، لأنه يكون شرطاً منافياً لمقتضى العقد، حيث إن المضاربة تستلزم تنضيض مالها[1].

٣- إذا قـــال رب المـــال للمضارب : ضاربتك سنة، فإذا انقضت فلا تشتر، فإن عقد المضاربة يعتـــبر صـــحيحاً، لأن رب المـــال قد أجاز للمضارب بعد انقضاء المدة البيع، والذي به يستطيع المضارب تحقيق الربح المرجو، فلم يكن هذا الشرط منافٍ لمقتضى العقد.

الترجيـــح :

بعـــد استعراض أقوال الفقهاء أرى أن أرجح فيها ما ذهب إليه أصحاب القول الأول من أنه يجوز تأقيت عقد المضاربة بمدة معلومة، وأنها تنفسخ بانتهاء هذه المدة، لقوة حجتهم السابقة، ولما في التأقيت من فائدة، لأن التجارة تختلف باختلاف الأوقات والأزمنة[2].

استمرار العمل بموجب العقد الذي انقضى وقته دفعاً للضرر :

ذكـــرت فيما مضى أن العقد المؤقت اذا انتهت مدته انفسخ ووجب رد العين المنتفع بها إلـــى صاحبها، إلا أنه إذا ترتب على الرد إلحاق ضرر بالمنتفع فقد أجاز الفقهاء تأخير الرد إلى الوقـــت المناســـب، دفعـــاً للضرر، مع الأخذ بعين الاعتبار ضمان حقوق الطرف الآخر. وإليك بعض التطبيقات على ذلك :

أولاً : عقد الإجارة : من استأجر أرضاً زراعية مدة معلومة فانقضت المدة وفي الأرض زرع لـــم يستحصـــد، فحينـــئذ لـــم ينفسخ العقد، بل يستمر العمل بموجبه إلى أن يدرك الزرع ويستحصد، ويجب على المستأجر في هذه الحالة الأجرة المتفق عليها في العقد إلى انقضاء مدته، وأجـــرة المـــثل عـــن المدة الزائدة، دفعاً للضرر ومراعاة لمصلحة الجانبين؛ لأنه كما لا يجوز

[1] القضاة : السلم والمضاربة ص٢٤٧ فما بعدها.

[2] ابن عابدين: رد المحتار ج٨/ص٢٩٣.

الإضـــرار بالمســـتأجر في قلع زرعه كذلك الأمر لا يجوز الإضرار بالمؤجر في تفويت منفعة أرضه[1].

كذلك من استأجر سفينة مدة معلومة فانقضت والسفينة لا زالت في البحر لم ينفسخ العقد بـــل يبقى إلى أن تصل إلى البرّ. جاء في الفتاوى الهندية :"من استأجر سفينة شهراً فمضت المدة والمســـتأجر في وسط البحر فإنه تنعقد بينهما إجارة مبتدأة" [2]. وفي موضع آخر : "إذا استأجر مـــن آخـــر زقاقاً[3]، وجعل فيها خلاً ثم انقضت مدة الإجارة في الصحراء، جعل بأجر مثله إلى موضع يجد فيه زقاقاً" [4].

ثانـــياً: عقد المزارعة : إذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك أي : لم ينضج بعد استمر عقد المزارعة حتى يدرك الزرع ويحصد كما في الإجارة.

وعلى المزارع أجرة مثل نصيبه من الأرض حتى يستحصد؛ لأن في إبقاء الزرع بأجرة المـــثل نظـــراً للجانبيـــن. ومـــا يحتاج إليه الزرع من نفقة إلى الحصاد يكون على رب الارض والمزارع؛ لأن العقد قد انتهى فصار عملاً في مال مشترك، فيكون عليهما[5].

ثالـــثاً : عقـــد المساقاة : عقد المساقاة إذا انقضت مدته وكان الثمر أخضراً غير ناضج بقيت المساقاة إلى أن يدرك كما في المزارعة، إلا أن في عقد المساقاة لا يجب على العامل أجر

---

[1] الكاساني: بدائع الصنائع ج٤/ص٢٢٣، الشيرازي : المهذب ج١/ص٤١٠.

[2] الفتاوى الهندية ج٤/ص٤٢٨.

[3] الـــزِقّ هو: السقاء، وجمع القلة أزقاق، والكثرة زِقاق، وقيل : الزقّ : هو الجلد يجزّ شعره ولا ينتف ويستعمل لحمل الماء والخمر. انظر : ابن منظور : لسان العرب ج٢/ص٣٤ مادة (زقق)، الرازي : مختار الصحاح ص١٣٦

[4] الفتاوى الهندية ج٤/ص٤٢٩.

[5] الكاساني : بدائع الصنائع ج٦/ص١٨٤-١٨٥، الموصلي: الاختيار ج٣/ص١١٢.

حصــته إلــى أن يدرك الثمر، لأن الشجر لا يجوز استئجاره بخلاف المزارعة حيث يجب عليه أجر مثل الأرض؛ لأن الأرض يجوز استئجارها، ويكون العمل كله في المساقاة على العامل[1].

المطلب الخامس

الأعذار أو الحوادث الطارئة

تمهيد :

ذكرت فيما مضى أن العقود اللازمة يجب الوفاء بها، وأن على كل واحد من المتعاقدين تنفــيذ ما ألزم به نفسه في العقد دون تغيير إلا بموافقة الطرف الآخر أو بالتقايل. لكن بعد التعاقد قــد تطــرأ أعذار لا يمكن معها الوفاء بالعقد، أو قد يتعسّر معها ذلك، بحيث يكون العاقد عاجزاً عن الاستمرار في العقد إلا بتحمل ضرر لم يلتزمه بالعقد.

والعــذر فــي اللغة [2]: هو الحجة التي يعتذر بها، والجمع أعذار، وعذرته عذراً أي : رفعت عنه اللوم فهو معذور أي: غير ملوم، واعتذر عن فعله أي : أظهر عذره.

أمــا فــي اصــطلاح الفقهاء فهو : عجز العاقد عن المضي في موجب العقد إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بالعقد[3]..

والــتعذر أعــم من التلف فهو يشمل: الضياع، والمرض، والغصب، والموت، وإغلاق الحوانيت قهراً وغير ذلك[4].

هــذا، ولقــد قــام الفقه الغربي الحديث بوضع نظرية عرفت بنظرية الحوادث الطارئة، وتقوم هذه النظرية على أساس وجود عقد يتراخى تنفيذه إلى أجل، وعند حلول أجل التنفيذ تكون

---

(1) الكاساني : بدائع الصنائع ج٦/ص١٨٨، المرغيناني : الهداية ج٤/ص٦١، ابن عابدين : رد المحتار ج٦/ص٢٩١.

(2) ابن منظور : لسان العرب ج٢/ص٧١٦ مادة (عذر)، الفيومي : المصباح المنير ج٢/ص٥٤٥.

(3) المرغيناني : الهداية ج٣/ص٢٥٠.

(4) الدردير : الشرح الصغير ج٤/ص٤٩.

الظـــروف الاقتصادية قد تغيرت تغيراً فجائياً نتيجة حصول حادث لم يكن متوقعاً، مما يؤدي إلى اختلال التوازن الاقتصادي للعقد اختلالاً خطيراً [1].

أمـــا الفقـــه الإســـلامي : فلم يضع نظرية خاصة بالحوادث الطارئة تماثل نظرية الفقه الغربي، وقد عزا الدكتور عبد الرزاق السنهوري ذلك إلى سببين [2]:

الأول : أن الفقـــه الإســـلامي لم يألف وضع النظريات العامة، بل يعالج المسائل مسألة مســـألة، ويضع لها حلولاً عملية عادلة ينساب فيها تيار خفي من المنطق القانوني المتسق، وعلى الباحث أن يكشف عن هذا التيار، وأن يبني نظرية متماسكة الأطراف.

الثانـــي : أن قـــوة العقـــد الملزمة في الفقه الغربي قد بولغ فيها مبالغة دعت إلى تلمس الوســـائل للتخفيف منها نزولاً على مقتضيات العدالة، مما اضطر الفقه الغربي إلى وضع نظرية عامة للحوادث الطارئة. أما في الفقه الإسلامي حيث مقتضيات العدالة تسود دائماً عند تعارضها مـــع القوة الملزمة للعقد، فقد أمكن في ضوء ذلك فتح ثغرات مختلفة في القوة الملزمة للعقد، فلم يـــرَ الفقهـــاء داعياً لوضع نظرية يرجع إليها في تبرير ذلك ما دامت مقتضيات العدالة هي التي يلجأ إليها عادة في هذا التبرير .

ومـــع ذلـــك فـــإن الفقه الإسلامي وإن لم يضع نظرية عامة للحوادث الطارئة إلا أنه قد عرف تطبيقات مختلفة لهذه النظرية ومنها : الأعذار، خاصة في عقد الإجارة.

وتجـــدر الإشارة إلى أن كلاً من العذر أو الحادث الطارئ أمر غير متوقع عند العقد من جهـــة، ومن جهة أخرى فإن كليهما لا يجعل تنفيذ العقد مستحيلاً، بل يجعله مرهقاً فقط، بخلاف القوة القاهرة أو ما يعرف في الفقه الإسلامي بالآفة السماوية، إذ أن العقد معها يكون مستحيلاً.

---

[1] السنهوري : مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج٦/ص١٨.

[2] المرجع السابق ج٦/ص٩٥-٩٦ بتصرف .

ويترتــب على الحادث الطارئ في الفقه الغربي أن لا ينقضي الالتزام بل يرد إلى الحد المعقول، بحيث تتوزع الخسارة بين المدين والدائن، ويتحمل المدين شيئاً من تبعة الحادث[1].

أما العذر في الفقه الإسلامي فينتج عنه إما فسخ العقد أو انفساخه من نفسه، وهذا الأخير هــو المحــور الأساســي الــذي يدور عليه بحثي هذا، وتوضيحاً لذلك سأعرض مذاهب الفقهاء وآراءهــم فــي مسألة انفساخ العقد بالعذر الطارئ فيما يتعلق بعقد الإجارة، مع ضرب عدد من الأمثلة بعونه تعالى .

مذاهب الفقهاء في انفساخ عقد الإجارة بالعذر :

اختلفــت المذاهــب الفقهية في مدى تأثير الأعذار أو الظروف الطارئة في عقد الإجارة، وهل ينفسخ العقد بهذه الأعذار أو لا ؟ تفصيل ذلك على النحو الآتي :

أولاً : مذهب الحنفية :

يرى الحنفية أن عقد الإجارة يفسخ بالأعذار الطارئة عليه، ويعتبر مذهبهم أكثر المذاهب الفقهية توسعاً في ذلك. يقول الكاساني :

"الإجــارة تفسخ بالأعذار عندنا "[2]. والسبب في ذلك : أن الحاجة تدعو إلى الفسخ عند العــذر، لأنــه لــو لزم العقد حينئذ للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد. فكان الفسخ في الحقــيقة امتــناعاً من التزام الضرر وله ولاية ذلك. واعتبروا أن إنكار الفسخ عند تحقق العذر خــروج عــن الشرع والعقل، لأنه يقتضي أن من اشتكى ضرسه فاستأجر رجلاً ليقلعها، فسكن الألم يجبر على قلعه، وهذا يعتبر قبيحاً شرعاً وكذلك عقلاً [3].

---

[1] السنهوري : مصادر الحق ج٦/ص٢٥، ص١٠١.

[2] بدائع الصنائع ج٤/ص١٩٧.

[3] المرجع السابق نفس الموضع، المرغيناني : الهداية ج٣/ص٢٥٠.

والأعــذار المثبــتة للفسخ عندهم إما أن تكون في جانب المستأجر أو المؤجر أو العين المســتأجرة،أما في جانب المستأجر فمثاله [1]: أن يفلس مستأجر الحانوت فيقوم من السوق، فهذا يكــون عذراً لفسخ الإجارة في الحانوت، لأن المفلس لا ينتفع بالحانوت، وفي إبقاء العقد إضرار به لم يلتزمه بالعقد، أو يريد سفراً لمصلحة له، ففي إبقاء العقد مع ضرورة خروجه للسفر ضرر به أيضاً.

كذلك لو استأجر رجلاً ليقصر له ثياباً، أو ليخيطها، أو يهدم له داراً، ثم بدا للمستأجر ألا يفعــل، كان هذا عذراً لفسخ الإجارة، لأنه استأجره لمصلحة يأملها، فإذا بدا له أن لا مصلحة له فيه صار الفعل ضرراً في نفسه، فكان للمستأجر الامتناع من الضرر بالفسخ.

وأمــا فــي جانب المؤجر[2]: فنحو أن يلحقه دين فادح لا يجد قضاءه إلا من ثمن العين المؤجــرة، فــيحق له فسخ الإجارة إذا كان الدين ثابتاً قبل العقد؛ لأن في إبقاء الإجارة مع لحوق الديــن بالمؤجــر إضــراراً به؛ لأنه يحبس به، ولا يجوز الجبر على تحمل ضرر غير مستحق بالعقد.

وأمــا فــي جانب العين المؤجرة[3]: فمثاله أن يؤجر رجل عبده مدة معينة ثم يعتقه قبل انتهاء المدة، فهذا يعتبر عذراً يحق بموجبه للمستأجِر أن يفسخ العقد.

والعــذر الذي يؤدي إلى انفساخ العقد عندهم هو: ما كان يوجب عجز العاقد عن المضي فــي موجــب العقــد شرعاً، بأن كان المضي فيه حراماً، كما إذا استأجر شخصاً على قطع اليد المتآكلة إذا برأت، أو على قلع الضرس إذا اشتكت ثم سكنت.

---

(1) الكاساني : بدائع الصنائع ج٤/ص١٩٧-١٩٨، الفتاوى الهندية ج٤/ص٤٥٨، ٤٥٩، ٤٦٠.

(2) الكاساني : بدائع الصنائع ج٤/ص١٩٨.

(3) المرجع السابق ج٤/ص١٩٩-٢٠٠.

أما إذا كان العذر لا يوجب العجز عن ذلك، لكنه يتضمن نوع ضرر لم يوجبه العقد فلم تنفسخ الإجارة إلا بالفسخ، كما لو استأجر طباخاً ليطبخ له طعام الوليمة ثم خالع المرأة، أو استأجر دابة ليسافر عليها فمرض[1].

ثانياً: مذهب المالكية :

يقرب مذهبهم من مذهب الحنفية في أصل جواز الفسخ بالعذر، لا فيما توسع فيه الحنفية. فقد صرح المالكية بأن عقد الإجارة ينفسخ بمنع استيفاء المنفعة شرعاً – كما هو الأمر عند الحنفية – كسكون ألم السن المستأجر على قلعها، أو عفو عن القصاص المستأجَر على استيفائه[2].

وجاء في المدونة [3]: "قلت : أرأيت إن استأجرت عبداً فابق – أي هرب – أتُفسخ الإجارة في قول مالك ؟ قال : نعم . قلت فإن رجع في بقية من وقت الإجارة أو قدر عليه ؟ قال : يرجع في الإجارة ... قلت : أرأيت إن استأجرتَ من رجل عبداً ليخدمني سنة فهرب العبد من يدي إلى دار الحرب ؟ قال : تنفسخ الإجارة فيما بنيهما ".

وذكروا أيضاً أن العذر لو كان بغصب العين المستأجرة، أو منفعتها، أو أمْرِ ظالم لا تناله أحكام الشريعة الاسلامية بإغلاق الحوانيت المستأجَرة، أو حمل المرضع – لأن لبن الحامل يضر الرضيع – أو مرضها الذي لا تقدر معه على الرضاع، يثبت للمستأجر حق الفسخ أو البقاء على عقد الإجارة [4].

---

[1] المرجع السابق ج٤/ص٢٠٠، المرغيناني : الهداية ج٣/ص٢٥٠.
[2] المواق: التاج والإكليل ج٥/ص٤٣٣.
[3] الإمام مالك : المدونة ج١١/ص٤٣٦.
[4] الدردير : الشرح الصغير ج٤/ص٥١.

وفي المقابل أيضاً ذكروا أن عقد الإجارة لا ينفسخ بعذر طارئ على المكتري مثل: أن يكتري حانوتاً فيحرق متاعه أو يسرق[1]. وهذا بالطبع فيه مخالفة لما هو عليه المذهب الحنفي على ما مر ذكره .

ثالثاً : مذهب الشافعية[2]، والحنبلية [3]: إن عقد الإجارة لا ينفسخ بالأعذار التي لا توجب خللاً في المعقود عليه، سواء أكانت الإجارة واقعة على عين معينة أم كانت في الذمة؛ لأن الإجارة عقد لازم كالبيع فلا تنفسخ إلا باتفاق المتعاقدين: فلو استأجر شخص حماماً فتعذر عليه ما يوقده، أو دابة للسفر فمرض، أو جملاً ليحج عليه فعجز عن الخروج لمرض أو ضياع نفقته أو تلف متاعه لم يملك المستأجر فسخ العقد، ولا حطّ شيء من الأجرة، وتعليل ذلك:

١- أن المستأجر قد ترك استيفاء المنافع لمعنى من جهته فلم يمنع ذلك وجوب أجرها عليه، كما لو ترك الانتفاع باختياره.

٢- إن العذر في الأمثلة السابقة لم يوجب خللاً في المعقود عليه بل هو باق، وإنما تعذر الانتفاع في غير المعقود عليه فلم يجز فسخ العقد.

وتأكيداً للمعنى السابق قال الأثرم من الحنبلية [4]:

"قلت لأبي عبد الله – الإمام أحمد –: رجل اكترى بعيراً، فلما قدم المدينة قال له – أي للمؤجر – فاسخني. قال – أي الإمام أحمد –: ليس ذلك له، قد لزمه الكراء، قلت: فإن مرض المستكري بالمدينة فلم يجعل له فسخاً، وذلك لأنه عقد لازم بين الطرفين فلم يملك أحد المتعاقدين فسخه".

---

[1] ابن جزي : القوانين الفقهية ص١٨٣.

[2] القليوبي وعميرة : حاشيتا القليوبي وعميرة ج٣/ص١٢٦-١٢٧، الشيرازي : المهذب ج١/ص٤١٢، الرملي: نهاية المحتاج ج٥/ص٣١٥ فما بعدها.

[3] ابن قدامة: المغني ج٥/ص٤٤٨، ص٤٥٤، ص٤٥٦، البهوتي : كشاف القناع ج٤/١٤، ص٢٩-٣٠.

[4] ابن قدامة : المغني ج٥/ص٤٤٩.

أمــا إذا أوجــب العذر خللاً في المعقود عليه أو عيباً تنقص به المنفعة فيثبت للمستأجر الخــيار فــي فسخ العقد أو البقاء عليه، ومثاله لو تعثر ظهر الدابة المستأجرة للخدمة، أو ضعف بصــرها، أو تعــذر الزرع في الأرض المستأجرة بسبب غرق الأرض أو انقطاع مائها وغير ذلــك فللمســتأجر الفســخ، لأن تلك العيوب توجب خللاً في المعقود عليه فتكون أعذاراً تثبت له الفسخ.

وأمــا إذا أوجب العذر تعذر استيفاء المنفعة تعذراً شرعياً فإن عقد الإجارة ينفسخ – كما هــو عــند الحنفــية والمالكية– كما لو استأجر رجلاً ليكحل عينه فبرئت، أو ليقتص له فعفا عن القصاص.

رابعــاً : مذهب الظاهرية : ذكر ابن حزم الظاهري أن عقد الإجارة ينفسخ بالعذر الذي يــؤدي إلى الإضرار بأحد المتعاقدين – لكن لم يتوسع في ذلك كما هو الحال عند الحنفية – فقال : "إن اضــطر المستأجر إلى الرحيل عن البلد أو اضطر المؤجر إلى ذلك فإن الإجارة تنفسخ إذا كــان في بقائها ضرر على أحدهما كمرض مانع، أو خوف مانع "[1]. واستدل ابن حزم لما ذهب إليه بقوله تعالى : "وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ"[2].

خامســاً : مذهــب الزيدية : يقرب مذهبهم من مذهب الحنفية في أن عقد الإجارة ينفسخ بالعذر، سواء تعذر معه استيفاء المنفعة شرعاً – كما هو الأمر عند المذاهب السابقة – أو أوجب زوال الغرض الذي أنشئ العقد من أجله .

جاء في البحر الزخار [3]:

---

[1] المحلى ج٨/ص١٨٧.

[2] سورة الحج: الآية رقم (٧٨).

[3] ابن المرتضى: ج٥/ص٥٩.

"وتنفسخ – أي الإجارة – بالعذر الزائل معه الغرض بعقدها، كمرض من يريد السفر، أو من يحتاج إلى حضوره في العمل، كالحداد، وكنكاح من يمنعها الزوج الخروج إلى أرض استأجرتها .... ".

وفي التاج المذهب لأحكام المذهب [1]: " أن يستأجر من يقلع له سناً، أو يقطع عضواً حصلت به علة، ثم شفي فإنها تبطل ... وكذا لو استأجر داراً وعرض له مانع عن الإقامة، أو منعه عن التجارة أو الحرفة التي استأجر لها إفلاس أو أضرب عن عمارة العرصة التي استأجرها للبناء فيها .... فهذه الأعذار كلها يزول معها الغرض بعقد الإجارة ".

خلاصة ما سبق :

بعد أن عرضت آراء المذاهب الفقهية في مسألة فسخ عقد الإجارة بالعذر فقد توصلت إلى النتائج الآتية :

١- أن عقد الإجارة ينفسخ من نفسه بالعذر الذي يوجب تعذر استيفاء المنفعة شرعاً.

٢- إذا كان العذر يلحق ضرراً زائداً بالمتعاقد لم يلتزمه بالعقد فقد اختلفت كلمة الفقهاء بين قائل بانفساخ العقد بنفسه، وقائل باستحقاق المستأجر الخيار في الفسخ.

٣- بناء على ما سبق فقد رجحت انفساخ عقد الإجارة بالعذر الطارئ على المؤجر أو المستأجر؛ وذلك لما في بقاء العقد وإلزام المتعاقد المضي في موجبه إضرار به، وتكليف له فوق طاقته، ووقوعه في الحرج والضيق، والله تعالى يقول في محكم التنزيل :" وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ"[2]، ويقول أيضاً :" لاَ يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلاَّ وُسْعَهَا "[3].

---

[1] العنسي : أحمد بن قاسم العنسي اليماني الصنعاني : التاج المذهب لأحكام المذهب ج٣/ص١١٨، الناشر : مكتبة اليمن.

[2] سورة الحج : الآية رقم (٧٨).

[3] سورة البقرة : الآية رقم (٢٨٥).

فـــالقول بانفســـاخ الإجارة بالعذر هو الذي ينسجم مع روح الشريعة الإسلامية، وعدلها الذي تميزت به عن غيرها من القوانين الوضعية.

المـــبحث الثالـــــث

تغيـــــر الأَهلِيَّـــــة وأثـــره في انفـــساخ العقـــــد

ويشتمل هذا المبحث على ثلاثة مطالب هي :

المطلب الأول : تعريف الأهلية لغة واصطلاحاً وأنواعها

المطلب الثاني : عوارض الأهلية

المطلب الثالث : تغير الأهلية وأثره في العقود، وفيه ثلاثة أفرع :

الفرع الاول : تغير الأهلية وأثره في العقود الجائزة

الفرع الثاني : تغير الأهلية وأثره في العقود اللازمة

الفرع الثالث : تغير الأهلية وأثره في العقود اللازمة لأحد الجانبين دون الآخر

المطلب الأول

تعريف الأَهْلِيَّة لغةً واصطلاحاً وأنواعها

أولاً : تعريف الأهلية

الأهلية في اللغة : الصلاحية والاستحقاق، يقال : فلان أهل لكذا أي : مستحقٌ له أو صالحٌ لصدوره عنه، ويقال : فلان أهل للإكرام أي: مستحق له[1]. وفي كشف الأسرار : "أهلية الإنسان للشيء: صلاحيته لصدور ذلك الشيء عنه وطلبه منه "[2].

والأهلية في الاصطلاح هي: صفة يقدرها الشارع الحكيم في الشخص تجعله صالحاً لأن تثبت له الحقوق، وتثبت عليه الواجبات، وتصح منه التصرفات[3].

ثانياً : أنواع الأهلية

من خلال التعريف السابق يتضح أن لها نوعين هما: أهلية وجوب، وأهلية أداء[4].

فأهلية الوجوب هي : صلاحية الشخص لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه[5]. وقد عرفها الشيخ الزرقا بأنها : "صلاحية الشخص للإلزام والالتزام "[6].

والمراد بالإلزام أي: ثبوت الحقوق له، وذلك كاستحقاق الإنسان قيمة المتلفات من أمواله على من يقوم بإتلافها، وكانتقال الملكية له فيما يشتريه.

---

(1) الفيروزآبادي: القاموس المحيط ج٣/ص٣٣١، مادة (أهل)، فصل الهمزة من باب اللام، البستاني : بطرس : محيط المحيط قاموس مطول للغة العربية ص٣٠، الناشر : مكتبة لبنان -بيروت، طبعة سنة ١٩٩٨م.

(2) البخاري ج٤/ص٣٩٣.

(3) البخاري : كشف الأسرار ج٤/ص٣٩٣، شلبي : المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي ص٤٩٠، الزحيلي: النظريات الفقهية ص١٣٠.

(4) البخاري : كشف الأسرار ج٤/ص٣٩٣، السرخسي: أصول السرخسي ج٢/ص٣٣٢.

(5) البخاري : كشف الأسرار ج٤/ص٣٩٣، التفتازاني: التلويح على التوضيح ج٢/ص٣٣٧.

(6) المدخل الفقهي ج٢/ص٧٨٥.

والمـــراد بالالـــتزام أي : ثبوت الحقوق عليه تجاه غيره، كالتزامه بأداء ثمن ما يشتري، وكالتزامه بنفقة من تجب عليه نفقتهم من أقاربه إذا كانوا فقراء[1].

ومـــناط أهلـــية الوجوب – أي محلها – عند الفقهاء : الحياة، فهي تثبت للشخص بمجرد كونـــه إنســـاناً بغض النظر عن السن، أو العقل، أو الرشد، فهي تثبت للصغير والكبير، والذكر والأنـــثى، والرشـــيد والسفيه، ولذلك فإن أهلية الوجوب تصاحب الإنسان من أول تكوينه وخلقه جنيناً ثم وليداً، وتستمر معه إلى الوفاة. فإن مات فقدت أهلية الوجوب[2].

وتنقسم أهلية الوجوب إلى قسمين [3]:

١- أهلـــية الوجـــوب الناقصـــة: وهي صلاحية الشخص لوجوب الحقوق له فقط. وتتمثل في الجنين وهو في بطن أمه، فإنه صالح لوجوب الحقوق له من إرث أو نسب أو وصية، ولا يصلح لوجوب الحقوق عليه؛ لأن ذمته لم تكتمل ما دام أنه في بطن أمه.

٢- أهلـــية الوجـــوب الكاملـــة: وهي صلاحية الشخص للإلزام والالتزام، وهي تثبت للإنسان بمجرد ولادته، ويصير صالحاً لوجوب الحقوق له وعليه.

أما أهلية الأداء فهي : صلاحية الشخص لصدور الفعل منه على وجه يعتد به شرعاً[4].

وعـــرفها الشيخ الزرقا بأنها :"صلاحية الشخص لممارسة الأفعال التي يتوقف اعتبارها الشـــرعي على العقل" [5]. سواء أكانت هذه الأفعال عبادات كالصلاة والصيام، أم كانت تصرفات كالعقود.

---

[1] المرجع السابق نفس الموقع .

[2] الزرقا: المدخل الفقهي ج٢/ص٧٨٥، أبو زهرة : الملكية ونظرية العقد ص٢٧٣، الزحيلي: النظريات الفقهية ص١٣٢.

[3] السرخســـي: أصول السرخسي ج٢/ص٣٣٢-٣٣٣، شلبي : المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي ص٤٩٢، الزحيلي: النظريات الفقهية ص١٣٣.

[4] التفتازاني : التلويح على التوضيح ج٢/ص٣٣٧.

[5] المدخل الفقهي ج٢/ص٧٨٦.

ومناط هذه الأهلية التمييز والعقل[1]. وهي أيضاً نوعان [2]:

١- أهلية الأداء الناقصة أو القاصرة: وهي تثبت لمن كان عنده أصل للتمييز، لكن لم يكن عنده كمال العقل، مثل الصبي المميز، والمعتوه، والسفيه.

٢- أهلية الأداء الكاملة: وهي تثبت للشخص اعتباراً من البلوغ، وتستمر معه إلى الوفاة إلا إذا طرأ عليه عارض يفقده العقل، أو جزء منه.

وأهلـية الأداء يـتعلق بهـا التكلـيف الذي يجعل الشخص مسؤولاً تجاه ربه عن الأوامر والنواهـي، والقـيام بالواجبات، والابتعاد عن المحرمات، والالتزام بأحكام الشرع بشكل كامل، ليجزى عن عمله إن خيراً فخير، وإن شراً فشر.

المطلب الثاني

عوارض الأهلية

العـوارض فـي اللغـة[3]: جمع عارض أو عارضة، والعارض أي: السحاب يعترض الأفـق، ومـنه قوله تعالى : " فَلَمَّا رَأَوْهُ عَارِضًا مُسْتَقْبِلَ أَوْدِيَتِهِمْ قَالُوا هَذَا عَارِضٌ مُمْطِرُنَا"[4]. ويقـال : عـرض عارض أي: حال حائل ومَنَع مانع، وكل مانع يمنع الإنسان من شغل وغيره من الأعراض فهو عارض.

---

[1] شلبي : المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي ص٤٩٢، الزحيلي : النظريات الفقهية ص١٣٤.

[2] السرخسي: أصول السرخسي ج٢/ص٣٣٢، أبو زهرة : الملكية ونظرية العقد ص٢٨١ فما بعدها، الزحيلي : النظريات الفقهية ص١٣٦.

[3] ابن منظور : لسان العرب ج٢/ص٧٣٦ فما بعدها، مادة (عرض)، الرازي : مختار الصحاح ص٢٠٥-٢٠٦.

[4] سورة الأحقاف: الآية رقم (٢٤).

وعـــوارض الأهلـــية فـــي اصـــطلاح الفقهاء تعني : أموراً أو أحوالاً تطرأ على أهلية الشخص تؤدي إلى تغير بعض الأحكام بالنسبة لمن عرضت له[1].

وينحصـــر تأثير هذه العوارض في أهلية الأداء دون أهلية الوجوب، والسبب في ذلك أن هـــذه العـــوارض مهما كان لها تأثير في حالة الشخص وفي ملكاته العقلية لا تسلب عنه الصفة الإنســـانية التي هي مناط أهلية الوجوب، ولا تجعله أدنى حالة من الطفل الوليد. وقد مرّ سابقاً أن أهلية الوجوب لا تنتهي إلا بالموت فانحصر تأثير هذه العوارض في أهلية الأداء[2].

أنواع عوارض الأهلية :

عوارض الأهلية نوعان : سماوية، ومكتسبة[3].

فـــالعوارض السماوية: هي تلك الأمور التي ليس للإنسان فيها اختيار، ولهذا نسبت إلى الســـماء لـــنزولها منها بمشيئة الله تعالى القاهر فوق عباده بغير اختيار الإنسان وإرادته، ومنها: الجنون، والعته، والنوم، والإغماء، ومرض الموت.

أما العوارض المكتسبة : فهي تلك الأمور التي كسبها الإنسان أو ترك إزالتها، وهي إما أن تكـــون منه كالجهل، والسفه، والسكر، والهزل، والخطأ والإفلاس والردة. وإما أن تكون من غيره وهو الإكراه.

وتفصـــيل كل ما يتعلق بهذه العوارض ينظر في محالها من كتب أصول الفقه الإسلامي. والـــذي يهمني في بحثي هذا هو مدى تأثير هذه العوارض على العقد، وهل تؤدي إلى انفساخه ؟ وهذا هو موضع البحث في المطلب التالي بعونه تعالى.

---

(1) ابن أمير الحاج: التقرير والتحبير ج٢/ص١٧٢.

(2) الزرقا : المدخل الفقهي ج٢/ص٨٣٤، شلبي : المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي ص٥٠١.

(3) ابن أمير الحاج: التقرير والتحبير ج٢/ص١٧٢، البخاري : كشف الأسرار ج٤/ص٤٣٥ فما بعدها، الزرقا : المدخل الفقهي ج٢/ص٨٣٣.

المطلب الثالث

تغير الأهلية وأثره في العقود

تغـير الأهلية بما يعرض لها من العوارض له أثر في انفساخ بعض العقود، وبيان ذلك على النحو الآتي :

الفرع الأول

تغير الأهلية وأثره في العقود الجائزة

العقود الجائزة من الطرفين إذا تغيرت أهلية العاقدين أو أحدهما بما يعرض لها من العوارض مثل الجنون أو الإغماء أو الردة تنفسخ، وهذا من حيث الجملة، ومن أمثلة هذه العقود :

أ- **عقـد الوكالــة :** ذهـب جمهـور الفقهـاء مـن : الحنفية[1]، والشافعية[2]، والحنبلية[3]، والجعفـرية[4]، والـزيدية[5] إلـى أن عقد الوكالة ينفسخ بجنون[6] أحد العاقدين أو كليهما، لأن الوكالـة تعـتمد العقل في الموكل والوكيل، فإذا انتفى العقل انتفت صحة الوكالة لانتفاء ما تعتمد عليه وهو أهلية التصرف، ولأن الجنون لو قارن إنشاء العقد منع الانعقاد، فإذا طرأ عليه قطعه. ولكن هل يشترط كون الجنون مطبقاً[7] حتى ينفسخ العقد عندهم ؟ .

---

(1) الكاساني: بدائع الصنائع ج٦/ص٣٨.

(2) الشربيني : مغني المحتاج ج٢/ص٣٠١، الرملي : نهاية المحتاج ج٥/ص٥٥.

(3) البهوتي: كشاف القناع ج٣/ص٤٦٨.

(4) المحقق: شرع الإسلام ج١/ص٢٣٩، ولنفس المؤلف: المختصر النافع ص١٥٤.

(5) ابن المرتضى: البحر الزخار ج٦/ص٦٥.

(6) الجـنون فـي اصـطلاح الفقهاء يعني: اختلال العقل بحيث يمنع جريان الأفعال والأقوال على نهجه إلا نادراً. انظر الجرجاني: التعريفات ص٨٢-٨٣ مادة (جنون)، ابن أمير الحاج : التقرير والتحبير ج٢/ص١٧٣.

(7) المطـبق أي: الكـامل الدائم، يقال: الحمّى المطبقة أي : الدائمة التي لا تفارق ليلاً ولا نهاراً، وأطبق الشيء : غطاه وجعله مطبقاً. انظر: الرازي : مختار الصحاح ص١٨٨ مادة (طبق).

ذكر الحنفية[1]، والحنبلية[2] أنه يشترط في الجنون أن يكون مطبقاً، خلافاً للشافعية الذين صرحوا بأن عقد الوكالة ينفسخ بالجنون وإن زال عن قرب، أي: وإن لم يكن مطبقاً[3].

أمـــا المالكية[4]: فقد صرحوا بأن الوكيل لا ينعزل بجنونه أو جنون موكله، إلا أن يطول جنون الموكل جداً، فينظر له الحاكم.

هذا وقد ألحق الشافعية[5]، والجعفرية[6]، والزيدية[7]، الإغماء[8] بالجنون في انفساخ عقد الوكالة دون غيرهم.

هل ينفسخ عقد الوكالة بالردة ؟ إذا ارتد[9] الموكل أو الوكيل فقد اختلفت مذاهب الفقهاء في انفساخ عقد الوكالة بذلك، واختلافهم هذا جاء على النحو الآتي :

أولاً : مذهـــب الحنفـــية[10]، والـــزيدية [11]: ذهب الحنفية والزيدية إلى أن عقد الوكالة ينفسخ بـــارتداد الموكـــل إذا لحق بدار الحرب، أما إذا لم يلحق بدار الحرب فإن الوكالة تكون موقوفة، بناء على أن تصرفات المرتد تكون موقوفة فكانت وكالة الوكيل موقوفة أيضاً. وخالف في ذلك

---

(1) الكاســـاني: الـــبدائع ج٦/ص٣٨. هذا وقد اختلف أبو يوسف ومحمد في حد الجنون المطبق: فقال أبو يوسف: حده ما استوعب شهراً؛ لأن هذا القدر أدنى ما يسقط به عبادة الصوم، أما محمد فذهب إلى أن حده ما استوعب حولاً، لأن الحول يسقط به جميع العبادات فكان التقدير به أولى.

(2) البهوتي: كشاف القناع ج٣/ص٤٦٨.

(3) الشربيني : مغني المحتاج ج٢/ص٣٠١.

(4) الدسوقي: حاشية الدسوقي ج٣/ص٣٩٦.

(5) النووي: روضة الطالبين ج٤/ص٣٣٠، الرملي: نهاية المحتاج ج٥/ص٥٥.

(6) المحقق : شرائع الإسلام ج١/ص٢٣٩.

(7) ابن المرتضى: البحر الزخار ج٦/ص٦٥.

(8) الإغمـــاء هو: آفة في القلب أو الدماغ تعطل القوى المدركة والحركة عن أفعالها وإظهار آثارها، فهو مرض لا زوال للعقل كالجنون. انظر : ابن أمير الحاج: التقرير والتحبير ج٢/ص١٧٩.

(9) الردة هي: الرجوع عن الإسلام. انظر : الكاساني: بدائع الصنائع ج٧/ص١٤٣ و ١٧٨.

(10) الكاساني: بدائع الصنائع ج٦/ص٣٨، الموصلي: الاختيار ج٢/ص٢٦٤.

(11) ابن المرتضى: البحر الزخار ج٦/ص٦٥، العنسي: التاج المذهب ج٤/ص١٣٦.

الصـــاحبان مـــن الحنفية فقالا بأن عقد الوكالة لا ينفسخ إلا إذا حكم القاضي بلحاقه بدار الحرب، أمـــا قـــبل الحكـــم فإن تصرفاته نافذة، بناء على أن تصرفات المرتد عندهما نافذة، إلا إذا حكم القاضي بلحاقه.

كذلك تنفسخ الوكالة بردة الوكيل وحكم القاضي بلحاقه بدار الحرب، لأنه يصير من أهل الحرب كما لو ارتد الموكل. أما إذا ارتد الوكيل ولم يلحق فإن الوكالة لا تبطل بل تكون موقوفة؛ لأن توكيل المرتد يصح ابتداء عندهم.

ثانـــياً: مذهـــب المالكية[1]: إن الوكيل ينعزل بردة موكله بعد مضي أيام الاستتابة، ولم يـــرجع ولم يقتل لمانع، وكذا ينعزل الوكيل بردته أيام الاستتابة، وأما بعدها فإن قتل انعزل، وإن أخرّ قتله لمانع فقد تردد العلماء في عزله.

ثالـــثاً : مذهـــب الشافعية في الظاهر عندهم[2]، **والحنبلية**[3]: إن الوكالة لا تنفسخ بردة الموكـــل، لعدم زوال ملكه، وكذا لا تنفسخ الوكالة إذا ارتد الوكيل سواء لحق بدار الحرب أم أقام بـــدار الإسلام، لأن الردة لا تمنع إبتداء وكالته فلا تمنع استدامتها. وقيده الحنبلية في تصرفات الوكـــيل التـــي لا تنافي الردة، أما إذا وكل في تصرف ينافيها كإيجاب أو قبول نكاح مسلمة فإنها تنفسخ.

---

[1] الدسوقي: حاشية الدسوقي ج٣/ص٣٩٦.

[2] الرملي: نهاية المحتاج ج٥/ص٥٥، الشربيني: مغني المحتاج ج٢/ص٢٨٣، النووي: روضة الطالبين ج٤/ص٢٩٩.

[3] ابن قدامة الكافي في فقه الإمام ابن حنبل ج٢/ص٢٥١، البهوتي: كشاف القناع ج٣/ص٤٧٠.

الترجيـــح :

بعــد النظر إلى مذاهب الفقهاء أرى أن الراجح فيها ما ذهب إليه الحنفية والزيدية من أن عقــد الوكالـــة ينفسخ بالردة من قبل الموكل أو الوكيل؛ نظراً لكون الردة تزيل الملك من جهة، والأهلية من جهة أخرى، والله أعلم.

ب- عقد المضاربة: تنفسخ المضاربة عند جمهور الفقهاء[1] بالجنون الطارئ على رب المـــال أو المضـــارب- كمـــا هـــو الحال في الوكالة-، وذلك لأن المضاربة تقوم على تصرف المضـــارب بأمر رب المال، فإذا أصيب بالجنون فقد بطلت أهليته للأمر، وإذا أصيب المضارب فقــد بطلت أهليته للتصرف المأمور به فانفسخ العقد، ولأن المضاربة تتضمن الوكالة -وكلاهما عقدان جائزان- وكل ما تنفسخ به الوكالة تنفسخ به المضاربة.

أمـــا المالكـــية: فعقــد المضاربة عندهم عقد لازم بعد الشروع في العمل على ما ذكرت سابقاً، ولهذا يورث فلا ينفسخ بالجنون كما لا ينفسخ بالموت[2].

كذلــك تنفسخ المضاربة بالإغماء على نحو ما مر في عقد الوكالة[3]، وكذلك تنفسخ إذا ارتد رب المال عن الإسلام ولحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاقه؛ لأن اللحاق بدار الحرب بمنزلة الموت حكماً، وهو يزيل ملكه، بدليل أن المرتد يقسم ماله بين ورثته.

أما إذا ارتد المضارب فالمضاربة لا تنفسخ بل تبقى على حالها، لأن ملك رب المال باق

---

(1) الكاساني: بدائع الصنائع ج٦/ص١١٢، النووي: روضة الطالبين ج٥/ص١٤١ و١٤٤، البهوتي: كشاف القناع ج٣/ص ٥٢٢، ابن المرتضى: البحر الزخار ج٥/ص٨٧.

(2) انظر صفحة ١١٣من البحث.

(3) النووي: روضة الطالبين ج٥/ص١٤١، الشربيني: مغني المحتاج ج٢/ص٣٠١، ابن المرتضى: البحر الزخار ج٥/ص٧

لم يزل، ولأن عبارة المرتد معتبرة فبقيت المضاربة[١].

وكل من عقد الوكالة والمضاربة يعتبر مثالاً للعقود الجائزة كالشركة، والوديعة، والإعارة، والمساقاة والمزارعة- عند من قال بعدم لزومهما-، وهي تنفسخ بجنون أحد العاقدين أو إغمائهما- مع اختلاف الفقهاء في انفساخ العقد بالإغماء- وإليك بعض نصوص الفقهاء في ذلك:

أولاً: المذهب الحنفي: جاء في بدائع الصنائع في معرض الحديث عن الأمور التي ينفسخ بها عقد الشركة[٢]: "ومنها جنونه- أي الشريك- جنوناً مطبقاً، لأن به يخرج الوكيل عن الوكالة، وجميع ما يخرج به الوكيل عن الوكالة يبطل به عقد الشركة، لأن الشركة تتضمن الوكالة".

وفي موضع آخر[٣] :" إذا قتل أو مات- أي الشريك- أو لحق بدار الحرب زالت أملاكه عند أبي حنيفة من حين ارتد فكأنه مات فبطلت شركته ".

ثانياً: المذهب الشافعي: جاء في الوسيط[٤] :" الشركة جائزة تنفسخ بالموت، والجنون، والفسخ".

وجاء في المهذب في معرض الحديث عن الشركة[٥] :" وإن جنا- أي الشريكان- أو أحدهما أو أغمي عليهما، أو على أحدهما بطل- أي عقد الشركة- لأنه بالجنون والإغماء يخرج

---

(١) ابن نجيم: البحر الرائق ج٧/ص٢٦٨، الموصلي: الاختيار ج٣/ص٣٤-٣٥، الكاساني: بدائع الصنائع ج٦/ص١١٢، ابن الهمام: شرح فتح القدير ج٦/ص٧٦.

(٢) الكاساني: ج٦/ص٧٨.

(٣) ج٦/ص٦٢.

(٤) الغزالي: ج٣/ص٢٦٧.

(٥) الشيرازي: ج١/ص٣٥٥.

عن أن يكون من أهل التصرف، ولهذا تثبت الولاية عليه في المال فبطل العقد كما لو مات".

وفيما يتعلق بعقد الإعارة جاء في روضة الطالبين[١] :" لو مات المعير أو جن أو أغمي عليه أو حجر عليه لسفه انفسخت الإعارة كسائر العقود الجائزة ".

أما عقد الوديعة فقد جاء في الوسيط[٢] :" عقد الوديعة جائز من الجانبين ينفسخ بالجنون، والإغماء، والموت ".

ثالثاً: المذهب الحنبلي: جاء في كشاف القناع بعد الحديث عن انفساخ عقد الوكالة بجنون الموكل أو الوكيل[٣] :" وكذلك كل عقد جاز من الطرفين كشركة، ومضاربة، وجعالة، يبطل بموت أحدهما وعزله، وجنونه المطبق، والحجر عليه لسفه أو فلس، ولا تبطل بالنوم ... ولا تبطل أيضاً بالإغماء كالنوم لأنه لا تثبت عليه الولاية ".

وفي شرح منتهى الإرادات[٤]: "والوكالة، والشركة، والمضاربة، والمساقاة، والمزارعة، والوديعة، والجعالة، والمسابقة، والعارية عقود جائزة من الطرفين ... وتبطل هذه العقود بموت أو جنون مطبق؛ لأنها تعتمد الحياة والعقل، فإذا انتفى ذلك انتفت صحتها لانتفاء ما تعتمد عليه وهو أهلية التصرف ".

رابعاً: من المذهب الجعفري: جاء في شرائع الإسلام فيما يتعلق بعقد الوديعة[٥]: "وهي عقد جائز من طرفيه يبطل بموت كل واحد منهما وبجنونه ".

---

(١) النووي: ج٤/ص٤٣٧.

(٢) الغزالي: الوسيط ج٤/ص٥٠٠.

(٣) البهوتي: الكشاف ج٣/ص٤٦٩.

(٤) البهوتي: شرح منتهى الإرادات ج٢/ص٣٠٥.

(٥) المحقق : شرائع الإسلام ج١/ص٢٢٧.

وفـــي موضـــع آخر بالنسبة لعقد الشركة[١] :" ويبطل الإذن – أي إذن كل شريك للآخر بأن يتصرف في ماله – بالجنون والموت ".

الفرع الثاني

تغير الأهلية وأثره في العقود اللازمة

العقــود اللازمـــة مـــن الطرفين كغيرها من العقود قد تتغير أهلية عاقديها بأمر عارض كالجـــنون مـــثلاً أو الردة. وقد اخترت عقدي الإجارة والنكاح كأمثلة على هذا النوع من العقود، وبيان مدى تأثرها بتغير أهلية العاقدين.

أ- عقــد الإجــارة: مع أن فقهاء المذهب الحنفي قد قرروا أن عقد الإجارة ينفسخ بموت أحد العاقدين على نحو ما ذكرت سابقاً [٢]، إلا أنهم قد صرحوا بأن عقد الإجارة لا ينفسخ بجنون المؤجــر أو المســـتأجر، ولا بارتدادهما عن الإسلام إذا لم يقضِ القاضي بلحاقهما بدار الحرب، وذلك بعد تمام العقد.

جــاء فـــي الفتاوى الهندية[٣]: " ولا تبطل الإجارة بجنون الآجر أو المستأجر، وإذا ارتد الآجر أو المستأجر والعياذ باللّه ولحق بدار الحرب، وقضى القاضي بلحاقه بطلت الإجارة، وإن عاد مسلماً إلى دار الإسلام في مدة الإجارة عادت الإجارة". وكذا في حاشية ابن عابدين[٤].

---

(١) المحقق: شرائع الإسلام ج١/ص٢١٥.

(٢) لطفاً: انظر صفحة ١٠٦من البحث.

(٣) الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند ج٤/ص٤٦٣.

(٤) رد المحتار على الدر المختار ج٦/ص٨٤.

وجــاء أيضاً في شرح المجلة – أي مجلة الأحكام العدلية – لسليم رستم باز[1]: "فإيجار المجــنون والصــبي غــير المميز كاستئجارهما باطل، لكن لا تنفسخ الإجارة بجنون الآجر بعد انعقادها".

ب- **عقد النكاح** : أيضاً لا ينفسخ بجنون أحد الزوجين إذا تم العقد، لأن عقد الزواج من العقــود اللازمــة التــي لا تقــبل الفسخ أو الإلغاء بعد انعقادها. وقد اختلف الفقهاء فيما إذا كان الجنون عيباً يثبت به خيار الفسخ للزوجين، وذلك على ثلاثة أقوال جاءت على النحو الآتي :

القــول الأول: وهــو لأبــي حنيفة وأبي يوسف[2]: إن عقد النكاح يفسخ بالعيب، إلا أن الجنون لا يعتبر عيباً من العيوب التي يجوز لأحد الزوجين أن يفسخ العقد به.

القول الثاني: وهو قول محمد من الحنفية[3]، والمالكية[4]، والشافعية[5]، والحنبلية[6]: إن الجنون يعتبر عيباً يثبت به الخيار في فسخ النكاح، وحجتهم في ذلك أنهم قاسوا عقد النكاح على عقد البيع، فكما أن عقد البيع يفسخ بالعيب فكذلك عقد النكاح، ولأن النفس البشرية عادة لا تسكن إلــى مــن يُصــاب بمــثل هذه الحالة وهي الجنون، فكان للآخر حق الفسخ ، واعتبر الحنفية و المالكية الفرقة التي تقع بسبب عيب الجنون طلقة بائنة ، أما الشافعية والحنبلية فاعتبروها فسخاً.

القــول الثالــث: وهو قول الظاهرية ورجحه الإمام الشوكاني وهو مذهب عمر ابن عبد العزيز[7] رحمه الله تعالى: إن عقد النكاح لا يفسخ بالعيوب مطلقاً سواء في ذلك الجنون وغيره.

---

(1) انظر: شرح المجلة، ص٢٥٦، الناشر: المطبعة الأدبية – بيروت–، ط (٣) سنة ١٩٢٣هـ .

(2) الكاساني : بدائع الصنائع ج٢/ص٣٢٧.

(3) المرجع السابق، نفس الموضع.

(4) ابن رشد: بداية المجتهد ج٢/ص٥٠-٥١، المواق: التاج والإكليل ج٣/ص٤٨٦.

(5) النووي : روضة الطالبين ج٧/ص١٧٩، الشربيني : مغني المحتاج ج٣/ص٢٦٧.

(6) البهوتي : كشاف القناع ج٥/ص١٠٩.

(7) ابن حزم : المحلى ج١٠/ص١٠٩.

أمـــا مـــا يعرض للزوجين من إغماء فلا يعتبر عيباً يثبت به خيار الفسخ، لأن الإغماء عـــادة لا تطـــول مدتـــه، ولا تثبـــت الولاية به. أما إذا كان الإغماء ميؤوساً من زواله فيصير كالجنون يثبت به خيار الفسخ، وهذا عند الشافعية[1]، والحنبلية[2].

أما إذا تغيرت أهلية الزوجين بردتهما أو ردة أحدهما فهل ينفسخ عقد النكاح ؟

ردة أحـــد الزوجيـــن موجبة لانفساخ عقد النكاح عند عامة الفقهاء، ولهم في ذلك تفصيل أعرضه على النحو الآتي :

أولاً : أن تحصل الردة من أحد الزوجين : وهذه الردة إما أن تكون قبل الدخول وإما أن تكون بعده، ولكل منهما تفصيل عند الفقهاء.

أمـــا إذا ارتد أحد الزوجين قبل الدخول انفسخ عقد النكاح فوراً من حين الردة عند عامة الفقهاء[3]، واستدلوا على ذلك بدليلين من القرآن الكريم، وآخر من المعقول:

أمـــا من القرآن الكريم: فقوله تعالى : " فَلاَ تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لاَ هُنَّ حِلٌّ لَهُمْ وَلاَ هُمْ يَحِلُّـــونَ لَهُـــنَّ "[4]،وقوـــله أيضاً: " وَلاَ تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ " [5]، فقد دلت هاتان الآيتان على تحريم الكافرات والاستمرار معهن.

أمـــا مـــن المعقـــول: فلأن الردة يترتب عليها حصول اختلاف في الدين بين الزوجين، واختلاف الدين يمنع الدخول بالزوجة فأوجب فسخ النكاح، كما لو أسلمت الزوجة تحت كافر.

---

(1) الشربيني : مغني المحتاج ج٣/ص٢٦٧.

(2) البهوتي : كشاف القناع ج٥/ص١٠٩.

(3) ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار ج٣/ص١٩٣، ابن عبد البر: الكافي ص٢٢١، الشيرازي: المهذب ج٢/ص ٥٥، ابن قدامة: المغني ج٦/ص٣٩، البهوتي: كشاف القناع: ج٥/ص١٢١.

(4) سورة الممتحنة : الآية رقم (١٠).

(5) سورة الممتحنة: الآية رقم (١٠).

ويترتـب علـى انفسـاخ النكاح قبل الدخول أنه إذا كان المرتد هو الزوج فعليه نصف المهـر؛ لأن الفسخ من جهته فأشبه الطلاق قبل الدخول. وإن كانت الزوجة هي المرتدة فلا مهر لها؛ لأن الفسخ من قبلها، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف[1]، والحنبلية[2].

وأمـا إذا حصـلت الـردة من أحد الزوجين بعد الدخول فالنكاح ينفسخ أيضاً عند عامة الفقهـاء. لكـن هل هذا الانفساخ يقع فوراً كما هو الحال قبل الدخول، أو أنه يتأخر إلى انقضاء العدة ؟ للفقهاء في ذلك كله تفصيل أعرضه على النحو الآتي :

أ- مذهـب الحنفـية :- أبـي حنيفة وأبي يوسف -[3]، ورواية عند الحنبلية [4]: إنّ ارتداد أحد الزوجين يعتبر فسخاً عاجلاً فلا ينقص عدد الطلقات، سواء أكان قبل الدخول أم بعده؛ لأن الـردة تنافي النكاح ولأن ما أوجب فسخ النكاح استوى فيه ما قبل الدخول وبعده. وفي هذه الحالـة لا حاجة إلى قضاء القاضي، ولا إلى مضي العدة، بل ينفسخ النكاح فيما بينهما فوراً من حين الردة.

ب- مذهـب المالكية [5]: إذا ارتد أحد الزوجين المسلمين انفسخ النكاح بطلاق بائن كما روي عـن الإمام مالك، وقيل بغير طلاق. وعلى القول الأول إذا عاد المرتد منهما إلى الإسلام فلا يحلّ له الرجوع للآخر إلا بعقد جديد، وهذا مقيد فيما إذا لم تقصد المرأة بردتها فسخ النكاح، فإذا قصدت ذلك لم ينفسخ العقد معاملة لها بنقيض قصدها.

---

(١) الموصلي: الاختيار ج٣/ص١٦٢.

(٢) ابن قدامة: المغني ج٦٣٩.

(٣) ابن عابدين: رد المحتارج٣/ص١٩٣-١٩٤، الموصلي: الاختيار ج٣/ص١٦٢، الكاساني: بدائع الصنائع ج٧/ص١٣٦.

(٤) ابن قدامة: المغني ج٦/ص٦٣٩.

(٥) ابن عبد البر: الكافي ص٢٢١، الدردير: الشرح الكبير ومعه حاشية الدسوقي ج٢/ص٢٧٠.

جـــ- **مذهب الشافعية[1]، والرواية الثانية عند الحنبلية[2]:** إذا ارتد أحد الزوجين بعد الدخـــول انفســـخ عقد النكاح، وحيل بينهما، إلا أن هذا الانفساخ يتوقف على انقضاء العدة، فإن أسلم المرتد منها قبل انقضاء العدة فالنكاح على حاله، وإن انقضت العدة ولم يسلم انفسخ النكاح، وانقطعـــت العصمة بينهما بلا طلاق منذ وقوع الردة، واحتجوا بأن : الفسخ أو الانفساخ لفظ تقع به الفرقة بين الزوجين، فإذا وجد الدخول جاز إن يقف على انقضاء العدة كالطلاق الرجعي.

مـــن خلال ما سبق يتضح أن الفرقة التي تحصل بين الزوجين بردة أحدهما بعد الدخول هـــي فســـخ أو انفساخ لا طلاق[3]عند أبي حنيفة وأبي يوسف، والشافعية، والحنبلية. أما المالكية فهـــناك قـــولان : أحدهمـــا أن فرقة المرتد انفساخ بطلاق وهو المشهور في المذهب ، والثاني انفساخ بغير طلاق.

والـــذي أمـــيل إليه: أن الفرقة التي تحصل بالردة هي انفساخ أو فسخ؛ لأن الفرقة التي تعتـــبر طلاقـــاً إذا كانت من قبل الزوج أو القاضي أو بسبب عيب، أو في حالة الخلع. أما التي تعتـــبر انفساخاً أو فسخاً فقد تكون بسبب خلل مقارن للعقد عند إنشائه، كما لو تخلف أحد شروط

---

(1) الشافعي: الأم ج٥/ص٤٨.

(2) ابن قدامة: المغني ج٦/ص٦٣٩، البهوتي: كشاف القناع ج٥/ص١٢١.

(3) فُرَق الزواج: إما أن تكون بطلاق أو غيره، ويطلق على ما عدا الطلاق الانفساخ أو الفسخ. ويمكن التفريق بين الطلاق والفســـخ بما يأتي: ١- الفسخ نقض للعقد من أساسه، وإزالة للحلّ المترتب على عقد الزواج في الحال. أما الطلاق فهو إنهـــاء للعقد، ومنع لاستمراريته فقط إما في الحال إن كان بائناً أو في المآل إن كان رجعياً. ٢- الطلاق يعود إلى أسباب خارجية لا علاقة لها بصلب العقد، فالطلاق لا يكون إلا بعد عقد زواج صحيح. أما الفسخ فقد يرجع إلى خلل مقارن للعقد عند إنشائه، أو إلى خلل يطرأ عليه بعد تمامه. ٣- الفسخ لا ينقص عدد الطلقات، أما الطلاق فينقصه. ٤- فرقة الفسخ لا يقع في عدتها طلاق، أما عدة الطلاق فيمكن إيقاع طلقات أخرى فيها كما في عدة الطلاق الرجعي. انظر عقلة: د. محمد عقلـــة: نظـــام الأسرة في الإسلام ح٣/ص٩، فما بعدها، الناشر: مكتبة الرسالة الحديثة -عمّان، ط(٢) سنة ١٤١١هـــ - ١٩٩٠م.

صــحة عقــد النكاح عند إنشائه، أو قد تكون بسبب خلل يطرأ على العقد بعد تمامه كارتداد أحد الزوجين عن الإسلام[١].

ويترتــب على انفساخ عقد النكاح بردة أحدهما بعد الدخول وجوب المهر للزوجة سواء كان المرتد هو الزوج أم الزوجة[٢].

ثانــياً: أن تحصــل الردة من الزوجين معاً: فقد ذهب الحنفية [٣]- خلافاً لزفر- إلى أن عقــد النكاح لا ينفسخ بينهما سواء قبل الدخول أم بعده استحساناً على خلاف القياس، وبيانه: أن ردة الزوجيــن معــاً الأصل فيها أن تقاس على ردة أحدهما وبالتالي ينفسخ عقد النكاح وهو ما ذهــب إلــيه زفر، وعلل ذلك بأن في ردة الزوجين ردة أحدهما وزيادة. إلا أن الحنفية قد عدلوا عن القياس وقالوا بثبات عقد النكاح استحساناً، ووجه الاستحسان: أن بني حنفية ارتدوا في زمن الخلــيفة أبــي بكــر الصــديق رضي الله عنه بمنع الزكاة ثم أسلموا، فأقرهم على أنكحتهم، ولم يأمرهم بتجديدها بعد التوبة، وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير من أحدهم، فكان إجماعاً.

أمــا المالكية[٤]: فذهبوا إلى مثل قولهم في ردة أحدهما من أن عقد النكاح ينفسخ بطلاق بائن، وقيل بغير طلاق.

وأما الشافعية[٥]، والحنبلية[٦]: فالحكم عندهم كما لو ارتد أحدهما، فإن كانت الردة قــبل

---

(١) شــلبي: محمد مصطفى: أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون ص٤٦٤-٤٦٥، الناشر: دار النهضة العربية -بيروت، ط (٢) سنة ١٣٩٧هــ - ١٩٧٧م، عقلة: نظام الأسرة ص١٠.

(٢) ابن عابدين: رد المحتار ج٣/ص١٩٤، الموصلي: الاختيار ج٣/ص١٦٢.

(٣) السرخسي: المبسوط ج٥/ص٤٩، الكاساني: البدائع ج٢/ص٣٣٧، ج٧/ص١٣٦.

(٤) ابن عبد البر: الكافي ص٢٢١.

(٥) الشافعي: الأم ج٥/ص٤٨، النووي: روضة الطالبين ج٧/ص١٤٢.

(٦) ابن قدامة: المغني ج٦/ص٦٤٠، البهوتي: كشاف القناع ج٥/١٢١.

الدخول انفسخ النكاح، وإن كانت بعده توقف الانفساخ على انقضاء العدة.

والـــراجح لـــدي مـــا ذهـــب إليه المالكية من أن عقد النكاح ينفسخ بطلاق بائن إذا ارتد الزوجان معاً؛ عقوبةً للزوجين على هذه الجريمة والله أعلم.

الفرع الثالث

تغير الأهلية وأثره في العقود اللازمة لأحد العاقدين دون الآخر

مـــن أمـــثلة هذا النوع من العقود عقد الرهن، وقد ذكرت سابقاً أن عقد الرهن غير لازم بالنســـبة إلى المرتهن سواء قبل القبض أم بعده، وغير لازم بالنسبة إلى الراهن قبل القبض، أما بعده فيصير لازماً من جهته[1].

وقد ذكر الشافعية في الأصح عندهم[2]، والحنبلية[3] :أن عقد الرهن قبل قبض المرهون لا ينفســـخ بجـــنون الراهـــن أو المرتهن كما أنه لا ينفسخ بموت أحدهما – على ما مر بيانه – وعللوا ذلك بأن: عقد الرهن يؤول إلى اللزوم. وعليه يقوم ولي المجنون منهما مقامه في القبض والإقباض.

وكـــذا لا ينفسخ عقد الرهن بإغماء أحدهما. وإذا كان المغمى عليه المرتهن لم يكن لأحد أولـــيائه أن يقـــوم مقامـــه في قبض الرهن، وإن كان هو الراهن فليس لأحد من أوليائه تقبيض المـــرهون للمرتهـــن، وتعلـــيل ذلـــك : أن المغمى عليه لا تثبت عليه الولاية لأحد؛ لقصر مدة الإغماء، وعليه تنتظر إفاقة المغمى عليه منهما.

---

(١) لطفاً انظر: صفحة ١١٦فما بعدها من هذا البحث.

(٢) النووي: روضة الطالبين ج٤/ص٧٠، الشربيني: مغني المحتاج ج٢/ص١٧٠.

(٣) ابن قدامة : المغني ج٤/ص٣٦٥-٣٦٦، البهوتي: كشاف القناع ج٣/ص٣٣٢ فما بعدها.

الفصل الثالث

آثار انفساخ العقد وحالتي الاستناد والاقتصار فيه

وفيه أربعة مباحث :

المبحث الأول : مفهوم الاستناد والاقتصار لغةً واصطلاحاً، وفيه مطلبان:

المطلب الأول : مفهوم الاستناد لغةً واصطلاحاً . وفيه فرعان :

الفرع الأول : تعريف الاستناد لغة

الفرع الثاني : تعريف الاستناد اصطلاحاً

المطلب الثاني : مفهوم الاقتصار لغة واصطلاحاً. وفيه فرعان :

الفرع الأول : تعريف الاقتصار لغة

الفرع الثاني : تعريف الاقتصار اصطلاحاً

المبحث الثاني : إعادة الطرفين إلى ما قبل العقد

المبحث الثالث : ضمان الخسارة الناشئة عن الانفساخ. وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : مفهوم الضمان لغة واصطلاحاً، وأدلة مشروعيته. وفيه فرعان:

الفرع الأول : تعريف الضمان لغة واصطلاحاً

الفرع الثاني : أدلة مشروعية الضمان

المطلب الثاني : أسباب الضمان

المطلب الثالث : أمثلة على ضمان الخسارة الناشئة عن انفساخ العقد

المبحث الرابع : تغير محل العقد قبل الانفساخ وأثره بعد الانفساخ بالنسبة لطرفي العقد

المبحث الأول

مفهوم الاستناد والاقتصار لغة واصطلاحاً

المطلب الأول

مفهوم الاستناد لغة واصطلاحاً

الفرع الأول

تعريف الاستناد لغة

الاستناد في اللغة[1]: مصدر استَنَد. وأصله سَنَدَ. يقال: سَنَدَ إلى الشيء أي: مال إليه، واستَنَدتُ إليه أي: اعتمدت عليه. ويقال : فلان مَسْنَد وسَنَد أي: معتمد، وساندتُ الرجل مُساندة أي: عاضدته. ويسمى ما يُستَند إليه مِسنَداً ومُسنَداً. والسَّنَد: ما ارتفع من الأرض، وما قابلك من الجبل وعلا عن السفح. ويقال: أسند في الجبل أي: صعده.

الفرع الثاني

تعريف الاستناد اصطلاحاً

الاستناد في اصطلاح الفقهاء هو: ثبوت الحكم في الحال مستنداً إلى وقت وجود السبب[2].

وجاء في قواعد الفقه [3]: " الاستناد عند الأصوليين هو: أن يثبت الحكم في الزمان المتأخر،

---

(1) ابن منظور: لسان العرب ج٢/ص٢١٥ فما بعدها، مادة (سند)، الرازي: مختار الصحاح ص١٥٥.

(2) ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار ج٣/ص ٢٦٩و ٦٨٩.

(3) البركتي: محمد عميم الإحسان المجدوي البركتي ص١٧٥، الناشر: الصدف ببلشرز- كراتشي، ط(1) سنة ١٤٠٧هـ -١٩٨٦م.

ويـــرجع القهقـــرى حـــتى يحكـــم بثبوته في الزمان المتقدم". وكذا جاء في كشاف اصطلاحات الفنون"[١].

ويلاحـــظ ممـــا سبق: أن الاستناد هو أحد الطرق التي يثبت بها الحكم، وأن الحكم الذي يثبـــت عن طريق الاستناد يكون في الحال ثم يعود ويضاف إلى الزمن الماضي الذي تحققت به علـــة الحكـــم. أي أن الحكم الثابت في الحال ينسحب على الماضي. ولذلك يسمى الحكم في هذه الحالة حكماً مستنِداً، والطريق التي يثبت بها الاستناد.

وهـــذا المصـــطلح- أي الاســـتناد - هـــو خاص بالحنفية. أما المالكية[٢]، والشافعية[٣]، والحنبلية [٤] فيستعملون بدلاً منه مصطلح "التبيّن".

وكمـــا أن الفقهاء يسمون انسحاب الأحكام على الماضي استناداً فإن الاصطلاح القانوني فـــي وقتنا الحاضر يسمي ذلك : أثراً رجعياً، حيث يستعمل هذا التعبير في آثار العقود وكذلك في رجعية أحكام القوانين المدنية ذاتها.

يقـــول الشيخ الزرقا[٥]: "فيقال : هذا القانون له أثر رجعي، وذاك ليس له، كما يقال: إن بيع ملك الغير بدون إذنه إذا أجازه المالك يكون لإجازته أثر رجعي، فيعتبر حكم العقد سارياً منذ انعقاده لا منذ إجازته".

ومن أمثلة الاســـتناد : أن المغصـــوب إذا تـــلف تحت يد الغاصب فإنه يضمنه بمثله أو

---

(١) الـــتهانوي: الشيخ المولوي محمد أعلى بن علي التهانوي : موسوعة اصطلاحات العلوم الإسلامية المعروف بكشاف اصطلاحات الفنون ج٣/ص٦٤٧، الناشر: شركة خيّاط - بيروت.

(٢) الدسوقي : حاشية الدسوقي ج٢/ص٣٩٦.

(٣) الرملي : نهاية المحتاج ج٦/ص٦٧.

(٤) ابن قدامة: المغني ج٦/ص٢٥.

(٥) المدخل الفقهي ج٢/ص٥٩٦ (الحاشية).

بقيمته، فإذا ضمنه فقد ملكه ملكاً مستنداً إلى وقت وجود سبب الضمان وهو الغصب[١].

المطلب الثاني

مفهوم الاقتصار لغة واصطلاحاً

الفرع الأول

تعريف الاقتصار لغة

الاقتصار في اللغة[٢]: مصدر اقتصر، وأصله من قَصَر. وقَصَر الشيء أي: حبسه، ويقال: قصرت الشيء على كذا أي : لم أتجاوز به غيره، وقصر عن الشيء أي : إذا عجز عنه ولم يستطعه، وأقصر فلان عن الشيء يُقصِر إقصاراً : إذا كف عنه مع القدرة عليه. والاقتصار على الشيء أي : الاكتفاء به، وعدم مجاوزته.

الفرع الثاني

تعريف الاقتصار اصطلاحاً

الاقتصار في الاصطلاح هو : "ثبوت الحكم في الحال"، وهو تعريف صاحب الدر المختار[٣].

وجاء في قواعد الفقه[٤] :" الاقتصار هو : أن يثبت الحكم عند حدوث العلة لا قبله ولا بعده" .وكذا جاء في كشاف اصطلاحات الفنون[٥].

---

(١) ابن نجيم: البحر الرائق ج٤/ص٣١ والأشباه والنظائر ص٣١٤، ابن عابدين : رد المحتار ج٣/ص٢٦٩.

(٢) ابن منظور : لسان العرب ج٣/ص٩٧-٩٨، مادة (قصر)، الرازي : مختار الصحاح ص٢٥٤.

(٣) الحصكفي : علاء الدين الحصكفي : الدر المختار شرح تنوير الأبصار ج٣/ص٢٦٩.

(٤) البركتي : ص١٨٦.

(٥) التهانوي : ج٣/ص٦٤٧.

وعلـــيه، فـــإن الاقتصار هو أحد الطرق التي يثبت بها الحكم، بحيث يثبت هذا الحكم في الحال دون أن ينسحب على الماضي، أو بمعنى آخر لا يكون له أثر رجعي.

ومن أمثلة الاقتصار: تنجيز الطلاق – أي إذا كان غير معلق– كما لو قال لزوجته: أنت طـــالق، فإن الطلاق يقع عند هذا القول في الحال، ويقتصر عليه دون أن يكون له أثر في الزمن الماضي[1].

وإن كـــان الفقه الإسلامي يسمي عدم رجعية الأثر اقتصاراً فإن القانون في عصرنا اليوم ليس فيه اسم لعدم الأثر الرجعي، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على أن الفقه الإسلامي غني بلغته واصطلاحاته التي تظهر فيها ما كان عليه فقهاء المسلمين من عبقرية على مدى العصور، على حدّ قول الشيخ الزرقا[2].

ومما سبق يمكن التفريق بين الاستناد والاقتصار بأن الاستناد له أثر رجعي بخلاف الاقتصار.

ويشار إلى أن مصطلحي الاستناد والاقتصار لم يصرح بهما في مذهب غير الحنفية، إلا أن الإمـــام السيوطي من الشافعية قد بحث في كتابه الأشباه والنظائر مسألة (١): هل الفسخ يرفع العقـــد من أصله، أو من حينه ؟ ويمكن أن نفهم من قول السيوطي هذا أن الشافعية قد فرقوا بين ما يرفع العقد من أصله وبين ما يرفع العقد من حينه، فيصدق على الأول الاستناد عند (الحنفية) وعلـــى الثانـــي الاقتصار عندهم أيضاً. بمعنى آخر فإن السيوطي قد فرق بين ماله أثر رجعي، وبين ما ليس أثر رجعي.

---

[1] ابن عابدين: رد المحتار ج٣/ص٢٦٩، البركتي: قواعد الفقه ص١٨٦، التهانوي: كشاف اصطلاحات الفنون ج٣/ص ٦٤٧.

[2] المدخل الفقهي ج١/ص٥٩٦ (الحاشية).

المبحث الثاني

إعادة الطرفين إلى ما قبل العقد

ينتج عن انفساخ العقد – بأي سبب من الأسباب التي سبق بيانها- إعادة طرفي العقد – أي العاقدين- إلى وضعهما قبل التعاقد. يقول ابن نجيم الحنفي في أحكام الفسوخ[1] "إن الفسخ يجعل العقد كأن لم يكن". وتفصيل ذلك على النحو الآتي :

أولاً: العقود الفورية : إذا انفسخت بأحد أسباب الانفساخ السابقة وجب التراجع فيما نفذ من التزامات العقد. ومن أمثلة هذه العقود: عقد البيع، فإذا انفسخ بسبب تلف المبيع قبل قبضه ارتفع العقد من أصله، ويكون كأن لم يبعه أصلاً. وعليه يسقط الثمن عن المشتري إذا لم يكن قد سلمه للبائع، ويرجع المشتري على البائع بالثمن إذا سلمه إياه؛ لأن المبيع قبل قبضه من ضمان بائعه. وللفقهاء في هذا تفصيل كنت قد ذكرته في موضع سابق من هذا البحث[2].

ويلاحظ مما سبق أن الانفساخ في العقود الفورية ومنها البيع يكون مستنداً، أي ذا أثر رجعي منسحب على الماضي.

ثانياً : العقود المستمرة : إذا انفسخت هذه العقود فإن العقد يرفع أو ينفسخ من حينه لا من أصله كما هو الحال في العقود الفورية. فعقد الإجارة مثلاً، صرح الفقهاء على ما ذكرت سابقاً: أن المعقود عليه إذا كان معيناً – كدار أو سيارة- وقد تلف بعد قبضه في أثناء مدة العقد فإن عقد الإجارة ينفسخ في الزمن المستقبل، أي فيما بقي من مدة العقد، دون الزمن الماضي الذي انتفع

---

(١) انظر : ص٣٦٧ فما بعدها .

(٢) انظر: صفحة ٨٠ من البحث، و الزرقا : المدخل الفقهي ج١/ص٢٩٧-٢٩٨.

به المستأجر بالعين المأجورة، وعليه يكون للمؤجر من الأجرة بقدر ما مضى من المدة فقط. أما المدة الباقية فلا أجر له فيها لفوات المعقود عليه[١].

وكذلــك الوكالــة تنفســخ بالعــزل من قبل الموكل لوكيله، أو عزل الوكيل نفسه، وهذا الانفساخ يكون من حين بلوغ الطرف الآخر بالعزل عند من يشترط العلم بالعزل لصحته، بحيث تكون تصرفات الوكيل قبل ذلك صحيحة ونافذة، وما بعده باطلة على نحو ما ذكرت سابقاً[٢].

وكذلــك عقــود الشــركة والمضاربة والعارية ونحوها من العقود المستمرة التي يحتاج تنفــيذها إلــى مدة، فإن الانفساخ فيها يكون من حينه لا من حين أصله، أي أنه يكون مقتصراً، ليس له أثر رجعي. فالانفساخ في هذه العقود يقطع تأثيرها بالنسبة إلى المستقبل فقط. أما ماضى فيكون على حكم العقد[٣].

هــذا وقد ذكر الشيخ الزرقا رحمه الله : أن من المستحسن التمييز في انحلال العقد بين حالتي الاستناد والاقتصار، بحيث يسمى الحل والانحلال في حالة الاستناد : فسخاً وانفساخاً. أما في حالة الاقتصار فيسمى : إنهاءً وانتهاء[٤].

---

[١] لطفاً : انظر صفحة ٨٨ من البحث.

[٢] لطفاً : انظر صفحة ٤٤ من البحث.

[٣] ابن رجب : القواعد ص٤٧، القاعدة (٣٦)، الزرقا: المدخل الفقهي ج١/ص٥٩٨.

[٤] الزرقا : المدخل الفقهي ج١/ص٥٩٨.

المبحث الثالث

ضمان الخسارة الناشئة عن الانفساخ

المطلب الأول

مفهوم الضمان لغة واصطلاحاً وأدلة مشروعيته

الفرع الأول

تعريف الضمان لغة واصطلاحاً

الضمان في اللغة يأتي على عدة معان، منها[1]:

١- الالتزام، تقول : ضمنت المال ضماناً، إذا التزمته. ويتعدى بالتضعيف، فتقول : ضمّنته المال أي : ألزمته إياه.

٢- الكفالة،تقول:ضمن الشيء ضماناً، فهو ضامن وضمين، إذا كَفِلَه. وضمّنه إياه،أي: كفّله.

٣- التغريم : تقول : ضمّنته الشيء تضميناً، إذا غرمته فالتزمه.

أما في اصطلاح الفقهاء فيطلق على المعاني الآتية [2]:

١- يطلق على كفالة النفس وكفالة المال، وذلك عند جمهور الفقهاء غير الحنفية، حتى أنهم عنونوا للكفالة بالضمان .

٢- ويطلق على ضمان المال والتزامه بعقد وغير عقد.

٣- كما يطلق على غرامة المتلفات والغصوب والتعييبات والتغييرات الطارئة.

---

[1] ابن منظور: لسان العرب ج٢/ص٥٥٠ مادة (ضمن) فصل الضاد من باب النون، الفيومي : المصباح المنير ج٢/ص ٤٩٧ فما بعدها، الفيروز آبادي: القاموس المحيط ج٤/ص٢٤٣، الرازي: مختار الصحاح ص١٨٥-١٨٦.

[2] الخرشـي: الخرشي على مختصر خليل ج٦/ص٢١، الشربيني: مغني المحتاج ج٢/ص٢٥٧، ابن قدامة: المغني ج٤ /ص٥٩٠، فيض الله : محمد فوزي فيض الله : نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام ص١٠-١١، الناشر: مكتبة دار التراث -الكويت، طبعة سنة ١٩٨٣م.

٤- ويطلق على وضع اليد على المال، بغير حق أو بحق على العموم.

٥- كما يطلق على ما يجب بإلزام الشارع الحكيم، وذلك بسبب الاعتداءات، ومن أمثلة ذلك : ضمان الديات، وضمان قيمة صيد المحرم، وكفارة اليمين وغيرها.

هـذا وقـد وضع الفقهاء للضمان تعريفات شتى، تتناول الاطلاقات السابقة في الجملة، أو قد تتناول بعضها، ومنها :

تعـريف صاحب غمز عيون البصائر[1] :" الضمان عبارة عن رد مثل الهالك، إن كان مثلياً، أو قيمته إن كان قيمياً ".ويلاحظ أن هذا التعريف قد قصر الضمان على الإطلاق الثالث وهو غرامة المتلفات، أيضاً تعريف مجلة الأحكام العدلية [2]: "الضمان إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات، وقيمته إن كان من القيميات".

وقـد عرّفه د. محمد فوزي فيض الله تعريفاً جامعاً وشاملاً للمعاني السابقة التي أطلق عليها الضمان فقال : الضمان: شغل الذمة بحق، أو بتعويض عن ضرر[3].

وشغل الذمة: يشمل الالزام من الشارع الحكيم للاعتداء جزاء المخالفة، أو الالتزام بالعقد ونحوه.

والحـق: يشـمل حق الشارع الحكيم، كما في كفارة اليمين، وجزاء الصيد ونحوهما، ويشمل كذلك حق الإنسان كما في الدين، والكفالة بالمال.

والـتعويض عـن الضرر : يشمل الأضرار الواقعة على النفس الإنسانية، والأضرار المالية في العقود وغيرها كالغصوب[4].

---

[1] الحموي شرح الأشباه والنظائر لابن نجيم، ج٤/ص٦، دار الكتب العلمية – بيروت.

[2] باز : شرح المجلة، ص٢٣٥، المادة (٤١٦)

[3] نظرية الضمان في الفقه الإسلامي ص١١.

[4] المرجع السابق نفس الموضع.

الفرع الثاني

أدلة مشروعية الضمان

شـــرع الضـــمان فـــي الفقـــه الإسلامي لحفظ حقوق العباد، ولدفع الضرر عنهم، ولصون ممـــتلكاتهم وأنفســـهم من الاعتداء عليها، ولزجر الجناة والمعتدين، وقد ثبتت مشروعيته في عدة نصوص من القرآن الكريم والسنة النبوية ومنها :

١- قوله تعالى : "وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ"[١]. والزعيم هو الكفيل [٢].

٢- حديث أنس رضي الله عنه قال : أهدت بعض أزواج النبي ﷺ إلى النبي ﷺ طعاماً في قَصْعَة[٣]، فضربت عائشة القصعة بيدها، فألقت ما فيها، فقال النبي ﷺ : "طعام بطعام وإناء بإناء " [٤].

٣- قول رسول الله ﷺ : "على اليد ما أخذت حتى تؤدي"[٥]. وقوله (على اليد ما أخذت): متعلق بمحذوف تقديره إما الضمان أو الحفظ، فيكون معنى الحديث : على اليد ضمان ما أخذت، أو حفظ ما أخذت [٦].

---

(١) سورة يوسف : الآية رقم (٧٢).

(٢) الشوكاني : فتح القدير ج٣/ص٤٢.

(٣) القَصْعة هي : وعاء يؤكل فيه، وكان يتخذ من الخشب غالباً، والجمع قِصاع. انظر : الزيات : المعجم الوسيط ج٢/ص ٧٤٦ مادة (قصع).

(٤) هذا الحديث أخرجه : الترمذي : سنن الترمذي، كتاب الأحكام عن رسول الله ﷺ ، باب ما جاء فيمن يكسر له الشيء ما يحكم له من مال الكاسر، حديث رقم (١٣٥٩)، ج٣/ص٦٤٠. وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.

(٥) هذا الحديث رواه الحسن عن سمرة بن جندب وأخرجه : الترمذي : سنن الترمذي: كتاب البيوع، باب ما جاء في أن العارية مؤداة، حديث رقم (١٢٦٦)، ج٣/ص٥٦٦ . وقال الترمذي : هذا حديث حسن صحيح، وقال الشوكاني : "الحديث رواه الخمسة إلا النسائي ... والحديث صححه الحاكم، وسماع الحسن من سمرة فيه خلاف مشهور". انظر: نيل الأوطار ج٦/ص٤٠.

(٦) الشوكاني : نيل الأوطار ج٦/ص٤١.

٤- قوله عليه الصلاة والسلام : "الخراج بالضمان "[١].

المطلب الثاني

أسباب الضمان

تنحصر أسباب الضمان في ثلاثة أسباب هي :

أولاً : إلــزام الشــارع الحكيم [٢]: ويقصد به : ما يفرضه من الغرامات المالية جزاء المخالفات الشرعية، التي لا تمس شيئاً من حقوق العبد، ومن أمثلة ذلك :

أ-الكفارات مثل: كفارة الحنث في اليمين، والإفطار عمداً في رمضان وغيرها.

يقــول الله عــزوجل فــي كفارة الحنث في اليمين :" لاَ يُؤَاخِذُكُمْ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُــمْ بِمَــا عَقَّدْتُمْ الأَيْمَانَ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْــوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلاثَةِ أَيَّامٍ ذَلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ وَاحْفَظُوا أَيْمَانَكُمْ"[٣].

وفــي كفــارة الإفطــار عمــداً في رمضان قال رسول الله ﷺ للرجل الذي واقع امرأته في رمضان: "هل تجد رقبة تعتقها ؟ " قال: لا قال : "فهل تستطيع أن تصوم شهرين متتابعين ؟" قال : لا . فقال : " فهل تجد سنان_أي قوت _ ستين مسكيناً ؟ " قال : لا ... الحديث [٤].

ب - ضمان صيد الحرم، وفي هذا يقــول الله تعــالى: " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تَقْتُلُوا الصَّيْدَ

---

(١) سبق تخريجه. انظر صفحة ٨١ من البحث .

(٢) لطفاً : انظر في هذا الموضوع : فيض الله: نظرية الضمان في الفقه الإسلامي ص١٦ فما بعدها.

(٣) سورة المائدة : الاية رقم (٨٩).

(٤) هذا الحديث أخرجه : البخاري: صحيح البخاري، كتاب الصوم، باب إذا جامع في رمضان ولم يكن له شيء فتصدق عليه فليكفر، حديث رقم (١٨٣٤)، ج٢/ص٦٨٤.

وَأَنْـتُمْ حُرُمٌ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ" إلى قوله تعالى " أَوْ كَفَّارَةٌ طَعَامُ مَسَـاكِينَ أَوْ عَدْلُ ذَلِكَ صِيَامًا" [1]. فقد ضمّن الشارع الحكيم الصائد المحرم مثل الحيوان المصيد مـن الأنعام، فيذبحه ويتصدق به، أو قيمته من الطعام إذا لم يكن له مثل فيتصدق بالقيمة، أو أن يصـوم يومـاً عـن طعام كل مسكين، وهو الصاع من الشعير، أو نصف الصاع من البر عند الحنفية[2]، أو المد عند جمهور الفقهاء من المالكية[3]، والشافعية[4]، والحنبلية[5].

ثانياً : الالتزام بالعقد : أي أن الضمان هنا يكون بسبب اتفاق الطرفين المتعاقدين، لا بسبب إلزام الشارع الحكيم .

وعليه، يمكن تصنيف العقود من حيث الضمان إلى أربعة أصناف هي [6]:

أ- عقد شرع للضمان، أو هو الضمان بذاته، وهو عقد الكفالة كما يسميها الحنفية، أو الضمان كما يسميها جمهور الفقهاء.

ب- عقـود لم تشرع للضمان، بل شرعت للملك، والربح ونحوها، إلاّ أنّ الضمان يترتب عليها، باعتـباره أثـراً لازماً لأحكامها، وتسمى عقود ضمان، بحيث يكون المال المقبوض فيها مضـموناً علـى الطرف القابض له إن تلف ولو بآفة سماوية، ومن أمثلة هذه العقود: عقد البيع، والصلح عن مال بمال، والقرض، وغيرها.

---

(1) سورة المائدة : الآية رقم (٩٥).

(2) ابن نجيم : البحر الرائق ج٣/ص٣١-٣٣.

(3) ابن جزي : القوانين الفقهية ص٩٣.

(4) المحلي : جلال الدين محمد بن أحمد المحلي ت (٨٦٤هـ): كنز الراغبين شرح منهاج الطالبين ج٢/ص٢٣٠-٢٣١، مطبوع مع حاشية القليوبي وعميرة.

(5) ابن قدامة : الكافي في فقه أحمد بن حنبل ج١/ص٤٢٢.

(6) الزرقا: المدخل الفقهي ج١/ص٦٤١ فما بعدها، فيض الله : نظرية الضمان في الفقه الإسلامي ص١٩ فما بعدها.

جـ – عقود الأمانة: حيث يغلب عليها طابع الحفظ والأمانة، والربح في بعض الأحيان، ويكون المـال المقبوض فيها أمانة في يد القابض، فلا يكون ضامناً لما يصيب المال من تلف إلا إذا كان التلف بتعدٍ أو تقصير في الحفظ من القابض. ومن أمثلة هذه العقود: عقد الإيداع، والعارية، والشركة، والوكالة وغيرها.

د- عقـود مـزدوجة الأثر: فتنشئ الضمان من وجه، والأمانة من وجه. ومن أمثلة هذه العقود: عقـد الإجـارة، والرهن، والصلح عن مال بمنفعة. فعقد الإجارة مثلاً تعتبر العين المأجورة أمانة في يد المستأجر، والأجر مضموناً سواء انتفع بالعين أم لم ينتفع.

وضـابط التميـيز بين عقود الضمان وعقود الأمانة هو : أن أساس فكرة الضمان في العقد تـدور مع معنى المعارضة فيه؛ فكلما كان القصد من العقد هو المعاوضة كان العقد عقد ضمان، وكلما كان القصد منه غير المعاوضة، كان العقد عقد أمانة[1].

ثالـثاً : الفعـل الضار: ويقسم باعتبار محله إلى قسمين : الأول، فعل ضار واقع على الإنسان، والثاني، فعل ضار واقع على ما عداه من الحيوان والأشياء.

وقد اعتبر بعض الفقهاء القدامى الاعتداء على المال والحيوان نوعاً من الجنايات[2]. جاء فـي بدائع الصنائع [3]:" الجناية في الأصل نوعان : جناية على البهائم والجمادات، وجناية على الآدمي" .

أمـا فـي لغة أهل القانون نجد أن الفعل الضار بالنفس يسمى: المسؤولية الجنائية، وفيما سواها : المسؤولية المدنية [4].

---

(1) المصدران السابقان نفس الموضع .

(2) الجناية هي: كل فعل محظور يتضمن ضرراً على النفس أو غيرها. انظر : الجرجاني : التعريفات ص٨٣.

(3) الكاساني : البدائع ج٧/ص٢٣٣.

(4) فيض الله: نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام ص٧٠.

والفعــل الضــار الواقــع على الإنسان – أو ما يسمى بالجناية- إما أن يقع على النفس الإنســانية بكاملهــا كالقتل، أو ما دونها – وهي الأعضاء – كالجرح، والضمان المترتب حينئذ يسمى "العقوبة" في اصطلاح الفقهاء، وهي إما مقدرة من الشارع الحكيم كالحدود والقصاص[1]، أو غير مقدرة كالتعزير[2].

أما الفعل الضار الواقع على المال فضمانه له صور أهمها [3]:

١- الغصب: وقد سبق أن ذكرت المقصود به فلا داعي للتكرار[4].

٢- الإتلاف: وهو إخراج الشيء من أن يكون منتفعاً به منفعة مطلوبة منه عادة، كإحراق ثوب إنسان، أو هدم بنائه، أو قطع شجرة وغير ذلك.

٣- وضع اليد: مؤتمنة كانت كالوديعة والشركة إذا حصل التعدي والتفريط، أو غير مؤتمنة كالغصب أو الشراء بعقد فاسد.

وقــد أشار ابن رشد المالكي – رحمه الله – إلى هذه الصور مجتمعة فقال [5]: "وأما ما يجب فيه الضمان فهو : كل ما أُتلف عينه، أو تلف عند الغاصب عينه بأمر من السماء، أو سلطت اليد عليه وتُمُلِك ".

---

[1] القصاص هو : أن يفعل بالفاعل مثل ما فعل. انظر : الجرجاني : التعريفات ص١٨٣.

[2] الــتعزير فــي اللغة: أصله من العزر أي المنع، أما في الاصطلاح فهو : تأديب دون الحد. والحد هو : عقوبة مقدرة شرعاً وجبت حقاً لله تعالى : انظر : ابن عابدين : رد المحتار ج٤/ص١٥، الجرجاني : التعريفات ص٦٥ و ص٨٧.

[3] الكاســاني: بدائع الصنائع ج٧/١٦٤-١٦٥، القرافي : الذخيرة ج٥/ص٤٣، السيوطي : الأشباه والنظائر ص ، ابن رجب: القواعد ص٢٠٤، القاعدة (٨٩). فيض الله : نظرية الضمان في الفقه الإسلامي ص٨٥ فما بعدها.

[4] لطفاً انظر : صفحة ١٢٠من البحث.

[5] بداية المجتهد ج٢/ص٣١٦.

المطلب الثالث

أمثلة على ضمان الخسارة الناشئة عن انفساخ العقد

كنـــت قد ذكرت في المطلب السابق أن العقود من حيث الضمان تُصنّف إلى أربعة أصناف هي : عقد الكفالة، وهي الضمان بذاته، وعقود ضمان، وعقود أمانة، وعقود مزدوجة الأثر.

أمـــا الصنف الأول – وهو عقد الكفالة – فيخرج من دائرة البحث هنا؛ لأن الضمان فيه ليس أثراً أو نتيجة لهذا العقد، لأن هذا العقد هو الضمان بذاته.

وعلـــيه، تنحصـــر دائرة البحث هنا في الأصناف الثلاثة الأخرى، حيث سأقوم بعونه تعالى باختـــيار عقد واحد من كل صنف من هذه الأصناف، وبيان مَنْ يضمن الخسارة التي نتجت عن انفساخ هذا العقد، باعتبار أن الضمان هو أحد آثار الانفساخ. وإليك بيانه :

أولاً : عقـــود الضـــمان : مـــن أشهر هذه العقود وأكثرها تداولاً بين الناس. عقد البيع. وقد ذكـــرت في موضع سابق من هذا البحث أن عقد البيع قبل القبض ينفسخ بتلف المبيع المعين إذا كـــان الـــتلف بآفة سماوية، ويكون الضمان على البائع؛ لأن المبيع قبل قبضه من ضمان بائعه، وهذا عند الحنفية، والشافعية على ما ذكرت سابقاً[١].

أمـــا المالكـــية، فالضـــمان عندهم ينتقل إلى المشتري بالعقد الصحيح اللازم حتى وإن لم يتم القـــبض، وبالتالـــي لم ينفسخ العقد عندهم بالتلف، إلا أنهم استثنوا من ذلك مواضع منها: إذا كان المبيع فيه حق توفية لمشتريه، وقد سبق بيانه[٢].

---

(١) لطفاً: انظر تفصيل ذلك صفحة ٨٠ من البحث.

(٢) ابن جزي: القوانين الفقهية ص١٦٤، وانظر تفصيل هذه المسألة صفحة ٨١ من البحث.

وأمـا الحنبلـية فـي ظاهـر المذهـب عـندهم فقد عمدوا إلى التفريق بين المكيلات والموزونـات، ونحوهمـا وبيـن غيرها، وحكموا بتضمين البائع فيما يكال، ويوزن ونحوهما، وتضمين المشتري في غيرهما[1].

ثانـياً : عقـود الأمانة: ومن أمثلة هذه العقود : عقد الإيداع. وهو في اصطلاح الفقهاء :"توكـيل بحفظ المال" [2]، أو استنابة في حفظ المال[3]. وكنت قد ذكرت سابقاً أن الوديعة : اسم للمال المختص المدفوع إلى من يقوم بحفظه بدون عوض[4].

وعقد الإيداع جائز من الطرفين لكل منهما فسخه والتحلل منه متى شاء. وتعتبر الوديعة أمانة في يد المودَع إليه أو الوديع – وهو الذي يلتزم بحفظ المال – والدليل على ذلك قوله تعالى :" إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا "[5]، وقوله عليه الصلاة والسلام :" أدّ الأمانة إلى مـن ائتمنك، ولا تخن من خانك "[6]. ووجه الاستدلال بهذين الدليلين أن الأمانة لفظ عام، يشمل كل ما استحفظ عليه الإنسان، والوديعة تدخل في هذا العموم.

ومعـنى الأمانة: أن الوديعة تكون غير مضمونة، والوديع غير مسؤول عما يصيبها من تلـف سـواء أكـان كلـياً أم جزئياً، إذا حصل بلا تعد أو تفريط منه، كما لو تلفت الوديعة بآفة سماوية.

---

[1] لطفاً انظر بالتفصيل صفحة ٨١ من البحث.

[2] مختصر خليل ج٦/ص١٠٨ مطبوع مع الخرشي على مختصر خليل.

[3] ابن جزي : القوانين الفقهية ص٢٤٦.

[4] لطفاً انظر : صفحة ١١٥ من البحث في الحاشية.

[5] سورة النساء: الآية رقم (٥٨).

[6] هـذا الحديـث أخرجه : أبو داود : سنن أبي داود، كتاب البيوع، باب في الرجل يأخذ حقه من تحت يده، حديث رقم (٣٥٣٥)، ج٣/ص٢٩٠، والترمذي : سنن الترمذي، كتاب البيوع، حديث رقم (١٢٦٤)، ج٣/ص٥٦٤، وقال الترمذي : هـذا حديـث حسن غريب، والحاكم: المستدرك، حديث رقم (٢٢٩٦) ج٢/ص٥٣، وقال : "صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه وله شاهد عن أنس ".

وعليه فإن عقد الإيداع ينفسخ بتلف الوديعة، ويتحمل المودع-وهو صاحب المال- الضمان ولا شيء على الوديع ما دام أن تلفها لم يكن بتفريط منه، وهذا باتفاق الفقهاء[1]، وقد استدلوا على ذلك بأدلة من القرآن الكريم، والسنة النبوية المطهرة، والمعقول :

أما من القرآن الكريم: فقوله تعالى :" إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا " الآية السابقة[2]، ووجه الدلالة أن الله عزوجل قد سمى الوديعة أمانة، والضمان ينافي الأمانة.

وأما من السنة النبوية: فقوله عليه الصلاة والسلام : "من أودع وديعة فلا ضمان عليه"[3]، وقوله أيضاً : "لا ضمان على مؤتمن"[4].

وأما المعقول :"فلأن الوديع إنما يحفظ الوديعة لصاحبها من باب التبرع، فلو لزمه الضمان لامتنع الناس من قبول الودائع، ولا يخفى ما في ذلك من إيقاع للناس في الحرج، لحاجة الناس إليها؛ فإنه يتعذر على جميعهم حفظ أموالهم بأنفسهم، ويحتاجون إلى من يحفظها لهم. ولأن حفظ الوديعة من قبيل المعروف والإحسان، فلو وجب تضمين الوديع لزهد الناس في قبولها، مما يؤدي إلى قطع المعروف[5].

---

(1) الموصلي: الاختيار ج٣/ص٣٦-٣٧، الدردير: الشرح الكبير ج٣/ص٤١٩، الشيرازي: المهذب ج١/ص٣٦٦، ابن قدامة: المغني ج٦/ص٣٨٢، ابن حزم: المحلى ٢٧٧/٨، المحقق: شرائع الإسلام ج١/ص٢٢٧.

(2) سورة النساء : الآية رقم (٥٨).

(3) الحديث رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وقد أخرجه: ابن ماجة: سنن ابن ماجة، باب الوديعة، حديث رقم (٢٤٠١)، ج٢/٨٠٢، وقال صاحب مصباح الزجاجة : "هذا إسناد ضعيف لضعف المثنى". انظر : الكناني ج٣/ص٦٢، وقال الشوكاني : "وفي إسناده المثنى وهو متروك وتابعه ابن لهيعة فيما ذكره البيهقي". انظر: نيل الأوطار ج٦/ص٣٨.

(4) هذا الحديث أخرجه : الدار قطني: سنن الدار قطني ج٣/ص٤١، حديث رقم (١٦٧). وقال الحافظ : في إسناده ضعف. انظر: الشوكاني : نيل الأوطار ج٦/ص٣٧.

(5) المهذب : الشيرازي ج١/ص٣٦٦، ابن قدامة: المغني ج٦/ص٣٨٣.

أما إذا تلفت الوديعة بتعد من الوديع أو بتفريط منه في حفظها فقد لزمه ضمانها بالاتفاق أيضـاً، وقـد ذكـر الفقهاء أسباباً لتضمين الوديع، بحيث يعتبر فيها متعدياً أو مقصّراً في حفظ الوديعة، ومنها [1]:

١- إذا اسـتعمل الوديعة، أو انتفع بها في قضاء حاجاته الخاصة، كما لو لبس الثوب فضاع، أو ركب الدابة أو السيارة، فعطبت في حال الانتفاع.

٢- إذا ضيَّعها، أو أتلفها، كما لو ألقاها في مضيعة، أو دل عليها سارقاً.

٣- إذا خالف الوديع في كيفية الحفظ، ولم يحفظها كما يحفظ ماله.

٤- إذا أودعها عند غيره بلا إذن المودع؛ لأنه لم يرضَ بأمانة غيره.

٥- إذا خلطها بغيرها بحيث لا تتميز؛ لأن صاحبها لم يرضَ أن يخلط ماله بمال غيره.

٦- إذا أمره المودع بحفظها في مكان أو بيت معين فنقلها إلى ما دونه؛ لأن من رضي حرزاً لم يرض بما دونه.

وإذا طلـب المودِع من الوديع رد الوديعة فامتنع عن أدائها بغير عذر، فهلكت عنده، ولو من غـير تعد أو تفريط منه ضمنها؛ لأن الوديع بامتناعه عن أدائها صار غاصباً؛ لكونه أمسك مال غيره بغير إذنه بفعل محرم فأشبه الغاصب، والغاصب ضامن للمغصوب [2].

ثالثاً: عقود مزدوجة الأثر: ومن أشهرها عقد الإجارة، وتفصيل ذلك على النحو الآتي :

تقع الإجارة على ضربين: ١- أن تعقد على مدة معلومة الابتداء والانتهاء.

٢- أن تعقد على عمل معلوم.

---

[1] الموصلي : الاختيار ج٣/ص٢٧ فما بعدها، الدردير: الشرح الكبير ج٣/٤١٩ -٤٢١، ابن جزي: القوانين الفقهية ص ٢٤٦، الشـيرازي: المهذب ج١/ص٣٦٦-٣٦٨، ابن قدامة: المغني ج٦/ص٣٨٣ فما بعدها، ابن حزم: المحلى ج٨/ص ٢٧٧، المحقق: شرائع الإسلام ج١/ص٢٢٨.

[2] الموصلي : الاختيار ج٣/ص٣٩، النووي: روضة الطالبين ج٦/ص٣٤٣-٣٤٤، ابن قدامة : المغني ج٦/ص٣٩٢.

أمـــا إذا وقعـــت الإجـــارة على مدة معلومة كمن استأجر داراً أو سيارة شهراً مثلاً فقد ذكرت سابقاً أن الإجارة تنفسخ بتلف العين المأجورة كما لو انهدمت الدار أو تحطمت السيارة أو عطبت في أثناء المدة. ويترتب على هذا الانفساخ سقوط الأجر عن المستأجر فيما بقي من المدة مـــن جهة، وضمان المؤجر للعين التالفة دون المستأجر من جهة أخرى إذا ثبت أن تلف العين لم يكـــن بـــتعد أو تفـــريط من المستأجر. فالعين المأجورة أمانة في يد المستأجر لا تضمن بالتلف كسائر الأمانات، وهذا باتفاق الفقهاء[1]، وعللوا ذلك بأن: قبض العين المأجورة قبض مأذون فيه فـــلا يكون مضموناً كقبض الوديعة، ولأن المستأجر قبض العين ليستوفي منها المنفعة التي ملكها بالعقد فلم يضمنها بالقبض.

أمـــا إذا كان سبب التلف تعد أو تفريط من المستأجر في المحافظة على العين المأجورة، فإنه يكون ضامناً لما يصيبها من تلف، هذا فيما يتعلق بالعين المأجورة.

أمـــا مـــنفعة العيـــن المعقود عليها كسكنى الدار، أو ركوب السيارة فهي مضمونة على المســـتأجر بضـــمان بدلهـــا – أي الأجـــرة– بمجرد تمكنه من استيفائها، حتى وإن لم ينتفع بها المستأجر. كمن استأجر داراً شهراً فإنه تلزمه الأجرة كاملة سواء انتفع المستأجر بها بالسكنى أم لـــم ينتفع؛ لأن المنفعة – وهي المعقود عليه– قد تلفت تحت يد المستأجر، وهي حقه فاستقر عليه بدلهـــا، كثمن المبيع إذا تلف في يد المشتري فإنه يستقر عليه[2]. وهذا ما نصَّت عليه أيضاً مجلة الأحكام العدلية في المادة (٤٧٠)[3].

---

[1] الكاساني : بدائع الصنائع ج٤/ص٢١٠، ابن جزي : القوانين الفقهية ص١٨٣، الشربيني : مغني المحتاج ج٢/ص٤٥٠ و ٤٥٨، البهوتي : كشاف القناع ج٣/ص٥٤٦، وانظر أيضاً تفصيل هذه المسألة صفحة ٨٨ من البحث.

[2] الكاساني : بدائع الصنائع ج٤/ص٢١٥، الشربيني : مغني المحتاج ج٢/ص٤٥٩، ابن قدامة : المغني ج٥/ص٤٤٦.

[3] باز: شرح المجلة ص٢٦٣، المادة (٤٧٠).

ومما سبق يتبين أن عقد الإجارة من حيث كون العين المأجورة أمانة، في يد المستأجر هو من عقود الأمانة، ومن حيث كون الأجرة مضمونة على المستأجر هو من عقود الضمان؛ ولهذا كانت الإجارة من العقود المزدوجة الأثر.

أما إذا وقعت الإجارة على عمل معلوم كالخياطة والبناء ونحوهما فإن الضمان يختلف باختلاف صفة العامل أو ما يسمى بالأجير، وهو إما أن يكون أجيراً خاصاً أو مشتركاً.

أما الأجير الخاص[1]: فهو الذي يتقبل العمل من واحد، أو يعمل لواحد مدة معلومة، بحيث لا يمكنه أن يعمل لغيره كمن يُستأجر للخدمة، أو للعمل في بناء، أو في حانوت شهراً مثلاً. وسمي خاصاً لاختصاص المستأجر بنفعه في تلك المدة دون سائر الناس، ويسمى أيضاً أجير الواحد.

ويستحق الأجير الخاص الأجرة بمجرد تسليم نفسه، حتى وإن لم يعمل؛ لأن الأجرة مقابلة بالمنافع، ومنافعه صارت مستوفاة بالتسليم تقديراً حيث فوّتها عليه المستأجِر فاستحق الأجير الأجرة.

واتفق الفقهاء[2] على أن الأجير الخاص لا يضمن ما تلف في يده من مال أو ما تلف بعمله إلاّ أن يكون متعدياً أو مقصّراً، والسبب في عدم تضمين الأجير الخاص؛ لأنه نائب عن المالك في صرف منافعه إلى ما أمِرَ به، فلم يضمن كالوكيل، ولأن المعقود عليه المنفعة، وهي

---

[1] الزيلعي: تبيين الحقائق ج٥/ص١٣٤، الموصلي : الاختيار ج٢/ص٨٣، النووي: روضة الطالبين ج٥/ص٢٢٨، ابن قدامة : المغني ج٥/ص٥٢٤.

[2] الموصلي : الاختيار ج٢/ص٨٣، مالك : المدونة ج١١/ص٤٤٧، النووي: روضة الطالبين ج٥/ص٢٢٨، البهوتي: كشاف القناع ج٤/ص٣٣.

ســليمة، والمعيــب هو العمل الذي هو تسليم المنفعة، وهو غير معقود عليه، فلا يكون مضموناً عليه.

أمــا الأجير المشترك[1]: فهو الذي يتقبل العمل من غير واحد، كالخياط والنجار والكوّاء والحــداد والطبيــب، ويســمى لدى الفقهاء أحياناً بالصانع. وسمي مشتركاً؛ لأنه إذا التزم القيام بــالعمل لواحد أمكنه أن يلتزم لغيره مثل ذلك العمل فكأن الناس يشتركون في منفعته واستحقاقها فسمي مشتركاً. وهو لا يستحق الأجرة حتى يعمل، فإن لم يعمل فلا أجرة له.

واتفــق الفقهــاء[2] علــى أن الأجير المشترك يضمن ما تلف في يده بتعد أو تفريط في الحفــظ. إلا أنهــم اختلفوا فيما إذا كان التلف بغير تعد أو تفريط وذلك على أربعة أقوال جاءت على النحو الآتي :

القول الأول : وهو لأبي حنيفة وزفر[3]، **وللشافعية** [4]: إن يد الأجير المشترك يد أمانة فــلا يضــمن مــا تلــف بغير تعديه؛ لأن الأصل أن الضمان لا يجب إلا على المتعدي، لقوله عــزوجل: "فَــلاَ عُــدْوَانَ إِلاَّ عَلَى الظَّالِمِينَ" [5]، ولم يوجد التعدي من الأجير؛ لأنه مأذون في القبض، والهلاك ليس من صنعه فلا يجب الضمان عليه.

---

(1) الزيلعي : تبيين الحقائق ج٥/ص١٣٤، ابن رشد : بداية المجتهد ج٢/ص٢٣٢، النووي: روضة الطالبين ج٥/ص٢٢، ابن قدامة : المغني ج٥/ص٥٢٤.

(2) الموصــلي: الاختــيار ج٢/ص٨٢، الدرديــر : الشرح الكبير ج٤/ص٢٨، النووي: روضة الطالبين ج٥/ص٢٢٨، البهوتي : كشاف القناع ج٤/ص٣٣.

(3) الكاساني : بدائع الصنائع ج٤/ص٢١٠.

(4) النووي : روضة الطالبين ج٥/ص٢٢٨.

(5) سورة البقرة : الآية رقم (١٩٣).

القـــول الثانـــي: وهـــو لأبي يوسف ومحمد بن الحسن من الحنفية[1]: الأجير المشترك يضـــمن بالـــتلف ســـواء بفعلـــه أم بغير فعله إلا ما لا يمكن الاحتراز عنه كالموت، أو الحريق الغالب، أو الغرق الغالب، أو لصوص مكابرين. واحتجا لما ذهبا إليه بأدلة منها :

١- مـــا روي عـــن رســـول الله ﷺ أنـــه قال : "على اليد ما أخذت حتى تؤدي "[2]، ووجه الاستدلال بالحديث : أن الأجير المشترك عاجز عن ردّ ما تلف في يده من متاع فوجب عليه ضمانه.

٢- مـــا روي عـــن عمـــر وعلـــي : رضي الله عنهما أنهما كانا يضمنان الأجير المشترك كالصباغ أو القصّار احتياطاً لأموال الناس[3]. وبيانه: أن الأجراء المشتركين الذين يسلم المال إليهم من غير شهود تخاف الخيانة منهم، فإذا علموا أنهم لا يضمنون ما في أيديهم مـــن مال لأدى ذلك إلى أن يتهاونوا في حفظها، فإذا هلكت فهم لا يعجزون عن دعوى الهلاك.

القـــول الثالث : وهو للمالكية[4]: إن الصانع أو الأجير المشترك يضمن بشرطين : أحدهما : أن يغيـــب الأجـــير المشترك على السلعة، وذلك بأن يصنعها بغير حضور صاحبها وبغير بيته، وأمـــا إن صنعها ببيته ولو بغير حضور صاحبها، أو صنعها بحضوره لم يضمن ما نشأ من غير فعله كسرقة أو حريق بلا تفريط.

---

[1] الكاساني : البدائع ج٤/ص٢١٠، الموصلي: الاختيار ج٢/ص٨٢.

[2] سبق تخريجه، انظر صفحة ١٦٨ من البحث.

[3] عبد الرزّاق : أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني ت (٢١١هـ): المصنف، باب ضمان الأجير الذي يعمل بيده، حديث رقم (١٤٩٤٨)، ج٨/ص٢١٧، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، الناشر: المكتب الإسلامي – بيروت، ط (٢) سنة ١٤٠٣هـ، البيهقي: السنن الكبرى، كتاب الإجارة، باب ما جاء في تضمين الأجراء،حديث رقم (١١٤٤٤ و ١١٤٤٥)، ج ٦/ص١٢٢.

[4] الدردير : الشرح الكبير ج٤/ص٢٨.

وثانيهما: أن يكون المصنوع مما يغاب عليه – أي مما يمكن إخفاؤه– كالثياب ونحوها.

القــول الرابع: وهو للحنبلية[1]: إن الأجير المشترك يضمن بفعله ولو بطريق الخطأ مثل: تخــريق القصَّــار[2] الثوب نتيجة دقّه، أو غلط الخياط في تفصيل الثوب. أما ما تلف من حرزه بســرقة مثلاً أو كان التلف بغير فعله وبدون تفريط منه، فلا ضمان عليه؛ لأن العين حينئذ تكون في يده أمانة.

الترجيـــح :

بعــد الــنظر إلى ما ذهب إليه الفقهاء أرى أن الراجح في ذلك هو ما ذهب إليه الإمامان أبو يوســف ومحمد– رحمهما الله تعالى – من أن الأجير المشترك يضمن ما تلف تحت يده من مال – متاع أو غيره–، سواء أكان التلف بتعد منه وتفريط أم لم يكن؛ وذلك لقوة احتجاجهم من جهة، ولمــا يترتــب على عدم تضمينه ولو بغير تفريطه من ضياع أموال الناس، وذهاب حقوقهم، لا ســيما في وقتنا الحاضر، وما يشهده من فساد الذمم الناجم عن قلة الالتزام بأحكام الإسلام، والله أعلم.

وممــا تجــدر الإشارة إليه أن مَنْ وجب عليه الضمان نتيجة انفساخ العقد لزمه رد المثل في المثليات، ورد القيمة في القيميات[3].

ويــراد بالمثلي: هو كل ما يوجد له مثل في الأسواق بلا تفاوت[4] يعتد به، بحيث لا يختلف بسببه الثمن، كالمكيلات والموزونات ونحوهما.

---

(1) البهوتي : كشاف القناع ج٤/ص٣٣-٣٤.

(2) القصــار هــو: الــذي يدق الثياب ويبيّضها، وصناعته تسمى القِصَارة. انظر: البستاني: محيط المحيط ص٧٣٨ مادة (قصر).

(3) باز : شرح المجلة ص٢٣٥، المادة (٤١٦).

(4) المرجع السابق ص٧١، المادة (١٤٥).

أمـــا القيمـــي: فهـــو ما لا يوجد له مثل في السوق، أو يوجد لكن مع التفاوت المعتد به في القيمة، كالأنعام[1].

المبحث الرابع

تغير محل العقد قبل الانفساخ وأثره بعد الانفساخ بالنسبة لطرفي العقد

كنـــت قـــد ذكرت سابقاً أن انفساخ العقد يوجب إعادة الطرفين إلى ما قبل العقد، وعليه وجب رد المعقود عليه إلى مالكه الأصلي قبل العقد، وذلك إذا كان قائماً لم يحصل له تغيير. كما لـــو انفســـخ عقد البيع بسبب من الأسباب التي سبق بيانها فحينئذٍ وجب على المشتري رد العين المبيعة إلى مالكها، ويسترد المشتري الثمن من البائع إن كان قد دفعه إليه.

وكذا الحال في عقد الإجارة إذا انفسخت بموت أحد العاقدين عند القائلين بذلك، أو انتهت مدة العقد المتفق عليها، وجب على المستأجِر أن يرد العين المأجورة إلى المؤجر إن كانت قائمة أيضاً.

وهـــذا الحكـــم أيضـــاً فـــي عقد الإيداع، والإعارة، والرهن، إذا انفسخت فقد وجب رد الوديعة، والعارية، والمرهون إلى أصحابها بعينها إذا كانت قائمة.

إلا أنـــه قد يطرأ على محل العقد تغير بالزيادة أو النقصان قبل حدوث الانفساخ، وعندها نجـــد أن الحكـــم يختلف باختلاف سبب الانفساخ، وإليك بعض التطبيقات على ذلك في عقد : أ- البيع ب- والإجارة جـــ- والإعارة.

---

[1] المرجع السابق ص٧٢، المادة (١٤٦).

أ- **عقـد البيع**: إذا انفسخ عقد البيع بسبب الفساد، وقد طرأ على المعقود عليه تغير قبل الانفساخ بأن حصل للمبيع زيادة أو نقصان، فهذا التغير: هل يمنع من انفساخ العقد أم لا ؟ فقهاء الحنفية القائلون بالفساد – على ما مر سابقاً – قد فصلوا في هذه المسألة، على النحو الآتي[1]:

أولاً: إذا كـان التغير الحاصل قبل الانفساخ بزيادة المبيع فهذه الزيادة إما أن تكون متصلة به أو منفصـلة، والمتصلة إما أن تكون متولدة من أصل المبيع أو غير متولدة، والمنفصلة كذلك إما أن تكون متولدة من الأصل أو غير متولدة.

أ- إذا كانت الزيادة الحاصلة للمبيع متصلة به متولدة منه كسمن المبيع، فإن هذه الزيادة لا تمنع مـن انفسـاخ العقـد، ويـرد أصل المبيع مع زوائده؛ لأن هذه الزيادة تابعة للأصل حقيقة، والأصل مضمون الرد، فكذلك التبع أي: الزوائد.

وإن كانت الزيادة المتصلة غير متولدة من الأصل كما لو كان المبيع قماشاً فخاطه المشتري، أو ثوبـاً فصـبغه، أو قمحاً فطحنه، أو دقيقاً فخلطه بعسل أو سمن، فزيادة المبيع في هذه الحالة تمـنع مـن فسـخ العقد، والسبب في ذلك: أنه لو فسخ إما أن يفسخ على الأصل وحده – وهو المبيع– وإما أن يفسخ على الأصل والزيادة جميعاً، ولا يمكن أن يقع الفسخ على الأصل؛ وذلك لـتعذر الفصـل بيـن المبيع وزيادته، وكذا لا يمكن أن يقع الفسخ على الزيادة وحدها؛ لأنها لم تدخل تحت عقد البيع لا أصلاً ولا تبعاً، فلا تدخل تحت الفسخ.

ب- وأمـا إذا كانت الزيادة الحاصلة قبل الانفساخ منفصلة عن المبيع متولدة منه كالثمرة واللبن والولـد فهذه الزيادة لا تمنع انفساخ العقد، ويحق للبائع أن يسترد الأصل مع الزيادة والسبب

---

[1] الكاساني: بدائع الصنائع ج٥/ص٣٠٢-٣٠٣، البغدادي: غانم بن محمد البغدادي : مجمع الضمانات ص٢١٦، الناشر: دار الكتاب الإسلامي .

فـــي ذلـــك أن: هذه الزيادة تابعة للأصل لكونها متولدة منه، والأصل مضمون الرد، فكذلك زيادته.

وإن كانت الزيادة المنفصلة غير متولدة من الأصل كالهبة والصدقة والكسب فإنها لا تمنع الـــرد أيضـــاً، وللبائع أن يسترد المبيع مع هذه الزوائد، إلا أنها لا تطيب؛ لأنها لم تحدث في ضمانه، بل في ضمان المشتري.

ثانـــياً: وإمـــا إذا كـــان التغـــير الحاصل قبل الانفساخ بنقص المبيع في يد المشتري فإن هذا النقصـــان لا يمنع انفساخ العقد، ومن ثم لا يمنع البائع من استرداد المبيع. لكن إن حصل النقص وهـــو في يد المشتري بآفة سماوية، أو بفعله فالبائع يسترده منه، ويضمنه أرش[1] النقصان. ولو حصل النقص بفعل البائع فلا شيء على المشتري؛ لأن المبيع صار بفعل البائع مسترداً له. وأما لـــو نقص بفعل أجنبي خيّر البائع بين أخذ قيمة النقص من المشتري، والمشتري يرجع بها على الجاني، أو مطالبته بالقيمة دون أن يرجع على المشتري.

ب- عقد الإجارة: كنت قد ذكرت سابقاً أن عقد الإجارة إذا انفسخ بسبب انتهاء مدته، وحصل تغـــير في العين المستأجرة بالزراعة ولا زال الزرع قائماً في الأرض غير مستحصد، فلا يجبر المستأجر على تسليم الأرض المستأجرة للمؤجر، بل تترك بيد المستأجر إلى وقت الحصاد بأجر المثل عن المدة الزائدة[2].

جـ- عقد الإعارة : ذكرت فيما مضى أن عقد الإعارة عقد جائز من الطرفين، يحق بموجبه لكل واحد منهما فسخ العقد والرجوع عنه متى شاء، سواء أكان العقد مطلقاً أم مقيداً بمدة، وهذا

---

(1) الأرش في اللغة: مصدر أرَش، وأَصل الأرش: الخَدْش، ومن هنا قيل لما يؤخذ دية لها: أرش، ويقال أيضاً لما يدفع بين الســـلامة والعيـــب في السلعة: أرش . انظر : ابن منظور: لسان العرب ج١/ص٤٦-٤٧، مادة (أرش)، أما الأرش في الاصطلاح فهو : اسم للمال الواجب في الجناية على ما دون النفس. انظر : الجرجاني : التعريفات ص١٦.

(2) لطفاً : انظر صفحة ١٣٠من البحث.

عــند جمهــور الفقهــاء خلافاً للمالكية الذين قالوا بأن عقد الإعارة يصير لازماً إذا قيد بأجل أو بعمل إلى انتهاء ذلك الأجل أو العمل[1].

إلا أنــه قد يطرأ على العين المستعارة تغير قبل أن ينفسخ العقد، كما لو استعار شخص أيضــاً للزراعة، أو البناء، أو الغرس، فبعد هذا التغير الحاصل للأرض هل يكون له تأثير على طرفــي العقــد ؟ بمعنى آخر هل يحق للمعير الرجوع عن الإعارة ؟ وهل يجبر المستعير على إزالـــة هذا التغير بالقلع أو الهدم ؟ لقد بحث الفقهاء القدامى هذه المسألة بحثاً مفصلاً، وأعرض لذلك على النحو الآتي :

أولاً : مذهــب الحنفــية [2]: إذا كانت الإعارة مطلقة وقد تغيرت الأرض المعارة بالغرس أو البــناء فللمعــير أن يجــبر المستعير على أن يقلع الغرس وينقض البناء؛ لأن في الترك ضرراً بالمعــير، ولا يضمن المعير شيئاً من قيمة الغرس أو البناء؛ لأنه لما أطلق الإعارة لم يكن غاراً بالمستعير، بل هو الذي غرر نفسه حيث حمل الإطلاق على التأبيد.

وإذا كانــت الإعارة مؤقتة فللمعير أن يرجع عنها قبل انتهاء الوقت إلا أنه يكره له ذلك؛ لأنه قد أخلف وعده، لكن لا يجبر المستعير على القلع أو النقض، ويكون المستعير حينئذ بالخيار: إن شاء ضمن المعير قيمة غرسه وبنائه قائماً سليماً؛ لأن المعير قد غرّه بتوقيت العارية ثم إخراجه قبل انتهائه. ويملك المعير الغرس، والبناء بأداء الضمان، وإن شاء أخذ غرسه وبناءه، ولا شيء على المعير، هذا إذا لم يكن القلع أو النقض مضراً بأرض المعير، فإن كان مضراً فيثبت الخيار للمعير : إن شاء أخذ الغرس أو البناء وضمن قيمته للمستعير، وإن شاء رضي بالقلع والنقض.

---

[1] لطفاً انظر صفحة ٤٤ من البحث.

[2] الكاساني: بدائع الصنائع ج٦/ص٢١٧، الموصلي : الاختيار ج٣/ص٨١-٨٢.

وأمـــا إذا تغـيرت الأرض المعارة بالزراعة فليس للمعير أن يأخذها قبل الحصاد، سواء كانت الإعـــارة مطلقة أو مقيدة؛ لأن للزرع وقتاً معلوماً ينتهي به، بخلاف الغرس أو البناء فليس لهما نهايـــة معلومـــة. وعلـــيه يترك الزرع في الأرض إلى وقت الحصاد بأجر المثل مراعاة لجانب الطرفين.

ثانياً : مذهب المالكية [١]: إذا انقضت مدة الإعارة المشروطة في العقد أو المعتادة وفي الأرض المعارة بناء أو غرس فإن المعير بالخيار : إن شاء أمر المستعير بقلع بنائه أو غراسه، وتســوية الأرض، وإن شاء أمره بإبقاء البناء أو الغرس ودفع له قيمة ذلك منقوضاً أو مقلوعاً، إذا كان مما له قيمة بعد القلع، بعد أن يسقط أجرة من يقوم بالهدم أو القلع، وتسوية الأرض، إذا كان المستعير لا يتولى القيام بذلك بنفسه أو بخدمه، وإلا فإنه يأخذ القيمة كاملة.

ثالــثاً: مذهــب الشــافعية [٢]**، والحنبلية**[٣]: إذا كانت الأرض المعارة للبناء أو الغراس مطلقـــة المدة ورجع المعير بعد أن بنى المستعير أو غرس قلع المستعير إن لم تنقص قيمة البناء والغـــراس بـــالقلع؛ لأنه يمكن رد العارية بدون إضرار فوجب ردها. أما إذا نقصت قيمة البناء والغـــراس بالقلع ينظر : فإن اختار المستعير القلع كان له ذلك، دون أن يلتزم المعير بدفع قيمة النقص.

وإن لــم يخـــتر القلـــع فالمعير مخيّر بين أن يبقيه بأجرة المثل، أو أن يقلع ويضمن قدر النقص وهو قدر التفاوت ما بين قيمة البناء أو الزرع قائماً وقيمته مقلوعاً. هذا كله إذا لم يشترط

---

[١] الخرشـــي: الخرشـــي علـــى مختصـــر خليل ج٦/ص١٢٧، ابن رشد: بداية المجتهد ج٢/ص٣١٤، الدسوقي : حاشية الدسوقي ج٣/ص٤٣٩.

[٢] الشيرازي : المهذب ج١/ص٣٧١، الشربيني : مغني المحتاج ج٢/ص٣٤٩ – ٣٥٠.

[٣] ابن قدامة : المغني ج٥/ص٢٣٠ فما بعدها.

المعـــير علـــى المستعير القلع، فإن شرطه لزمه القلع متى رجع المعير عملاً بالشرط، فإن امتنع المستعير فللمعير القلع .

وإن كانت الإعارة: للبناء أو الغرس مؤقتة بمدة ورجع المعير قبل انتهاء المدة أو انتهت فهـــي كالمطلقة فيما مضى من أحكام. وأما إذا استعار أرضاً للزراعة ورجع المعير قبل إدراك الـــزرع فـــلا يجـــبر المستعير على القلع، بل على المعير إبقاؤه إلى الحصاد بأجرة المثل؛ لأن للـــزرع وقـــتاً ينتهـــي إلـــيه، بخلاف الغراس فلو أجبر المعير على تبقيته للحقه ضرر لتعطيل الأرض عليه.

خلاصة ما سبق :

يســـتخلص ممـــا ســـبق أن المعير إذا رجع في إعارة الأرض للبناء أو الغراس له ذلك، ســـواء أكانت الإعارة مطلقة أم مؤقتة، وأما في الإعارة للزراعة فلا يجبر المستعير على القلع، بل يجبر المعير على إبقاء الزرع إلى وقت الحصاد بأجرة المثل كما هو في عقد الإجارة، وهذا عند الجمهور من الحنفية، والشافعية، والحنبلية.

أمـــا المالكية: فقد ذهبوا إلى لزوم الإعارة إلى انتهاء مدتها، ولا يجبر المستعير على قلع الغرس أو البناء قبل نهاية المدّة.

الخـــاتمة وأهــــم النتــائج

بعــد أن أنهيــت بحمــد الله تعـــالى ورعايته الكتابة في موضوع "انفساخ العقد في الفقه الإســـلامي"، وبحث ما يتعلق به من مسائل وفق المذاهب الفقهية المختلفة في الشريعة الإسلامية، والبحـــث في بطون المصادر المعتمدة من كتب التفسير وعلوم القرآن الكريم، والحديث وعلومه، والفقه الإسلامي وأصوله وقواعده توصلت إلى أهم النتائج الآتية :-

- إن العقـــد عـــند إطلاقـــه يـــراد به المعنى الخاص وهو ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يظهر أثره في محله، ويرتب الشارع عليه آثاراً .
- إن التصرف أعم من العقد فكل عقد تصرف وليس العكس.
- إن الالتزام أعم من العقد بمعناه الخاص فكل عقد التزام وليس كل التزام عقداً.
- الانفســـاخ في الاصطلاح هو : انحلال ارتباط العقد، وهذا إما أن يكون بنفس العقد، وإما بإرادة المتعاقدين .
- الانفســـاخ يختلف عن الفسخ، فالفسخ إنما يكون بسبب إرادي أما الانفساخ فسببه عوامل خارجة عن إرادة المتعاقدين .
- الفسخ هو : حل ارتباط العقد بالإرادة .
- هـــناك علاقة تربط الانفساخ بالفسخ وهي علاقة السببية؛ وذلك إذا كان الانفساخ أثراً أو نتيجة للفسخ .
- الانفساخ أعم من الفسخ فكل فسخ يستلزمه انفساخ العقد وليس العكس .
- محل الانفساخ هو العقود بشكل عام .

- للانفســاخ أسباب اختيارية وأخرى إجبارية. أما الاختيارية فهي : ١- الفسخ ٢- الإقالة وأمــا الإجبارية فهي : ١- تلف محل العقد ٢- موت أحد العاقدين أو كليهما ٣- غصب المعقود عليه ٤- انتهاء مدة العقد ٥- الأعذار الطارئة .
- من أسباب الفسخ : عدم لزوم العقد بطبيعته، وجود أحد الخيارات في العقد، فساد العقد.
- العقــد الفاســد قــبل القبض لا يترتب عليه حكم أو أثر. أما بعد القبض فقد يترتب عليه بعض آثار العقد الصحيح، نظرا للتنفيذ .
- العقــد الفاسد مستحق للفسخ لأنه عقد مخالف للدين إلا إذا أمكن إزالة سبب الفساد فحينها ينقلب العقد صحيحاً .
- الإقالــة في الاصطلاح هي : رفع العقد وإلغاء حكمه بتراضي الطرفين المتعاقدين، وقد رجحت أنها تعتبر فسخاً للعقد في حق العاقدين وغيرها.
- العقود الفورية التي لا يتوقف تمامها على فترة زمنية ممتدة لا تنفسخ بتلف المعقود عليه إذا تم القبض.
- اتفــاق الفقهــاء على أن عقد البيع لا ينفسخ بتلف المبيع قبل قبضه بفعل المشتري نفسه، أما إذا كان سبب التلف آفة سماوية أو البائع فقد رجحت أن عقد البيع ينفسخ حينئذ .
- العقــود المســتمرة التــي يحتاج تمامها إلى فترة زمنية ممتدة كعقد الإجارة، والشركة، والمضاربة تنفسخ بتلف المعقود عليه من غير تعدٍ أو تفريط في الحفظ .
- فــيما يــتعلق بعقد المضاربة اتفق الفقهاء على أنها لا تنفسخ بتلف بعض رأس مالها قبل العمل. وقد رجحت أن المال المتبقي بعد التلف يكون هو رأس مال المضاربة، ولا يجبر النقص بالربح الحاصل بعد العمل.

- كذا لا ينفسخ عقد المضاربة بتلف بعض رأس مالها بعد العمل، ويجبر الربح الحاصل ما نقص من رأس المال بالتلف.
- العقود الفورية كعقد البيع إذا تمت لا تنفسخ بموت أحد العاقدين أو كليهما.
- أما العقود المستمرة كعقد الإجارة فقد رجحت أنها لا تنفسخ بموت المؤجر أو المستأجر.
- وأما العقود الجائزة – غير اللازمة – كالوكالة والشركة والمضاربة، والإعارة، والوديعة فللموت أثر في انفساخها .
- بالنسبة للعقود اللازمة لأحد العاقدين دون الآخر كعقد الرهن فقد رجحت أنه ينفسخ بموت الراهن أو المرتهن قبل قبض المرهون. أما بعد القبض فقد رجحت عدم انفساخ عقد الرهن بالموت لأن عقد الرهن بعد القبض يصير لازماً .
- رجحت أن عقد الإجارة وهو أحد العقود المستمرة ينفسخ بغصب العين المأجورة .
- العقود المستمرة كالإجارة والمساقاة والمزارعة والوكالة والمضاربة تنفسخ بانتهاء المدة المنصوص عليها في العقد .
- العقود المستمرة إذا انتهت مدتها وترتب على انفساخ العقد -بانتهاء مدته – ضرر بالمتعاقدين أو أحدهما فحينئذٍ يستمر العمل بموجب العقد الذي انقضت مدته دفعاً للضرر.
- للأعذار أو الحوادث التي تطرأ على العقد بعد نشوئه أثر في انفساخه، وفيما يتعلق بعقد الإجارة فقد رجحت أنه ينفسخ بالأعذار الطارئة عليه دفعاً؛ للضرر والحرج عن المتعاقدين.
- تغير أهلية أحد العاقدين بعارض من العوارض كالجنون أو الإغماء له أثر في انفساخ بعض العقود .

- العقـــود الجائـــزة كعقد الوكالة والمضاربة والشركة إذا تغيرت أهلية العاقدين أو أحدهما بالجنون فإنها تنفسخ .

- أمـــا العقـــود اللازمـــة كعقـــد البيع والإجارة والنكاح لا تنفسخ بتغير أهلية أحد العاقدين بالجنون أو الاغماء .

- لانفساخ العقد أثران : أحدهما إعادة الطرفين المتعاقدين إلى ما قبل التعاقد .

  والثاني : ضمان الخسارة الناشئة عن الانفساخ .

- الانفســـاخ فـــي العقود الفورية يكون مستنداً أي أن له أثراً رجعياً ينسحب على ما مضى من التصرفات.

- أمـــا الانفساخ في العقود المستمرة فيكون مقتصراً بالنسبة للمستقبل دون ما مضى، أي: ليس له أثر رجعي .

- عقود الأمانات كالوديعة إذا انفسخت لا يترتب على انفساخها ضمان للخسارة الناشئة عن الانفساخ إلا بالتعدي أو التقصير في الحفظ .

- رجحـــت أن الأجـــير المشـــترك يضمن ما في يده من مال وإن تلف بغير فعله؛ حماية لأموال الناس وحقوقهم.

- الأصـــل أن يرد المعقود عليه بعد انفساخ العقد كما هو إذا كان قائماً لم يحصل له تغير، أما إذا تغير فالحكم يختلف باختلاف سبب الانفساخ .

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

ملحـــق الأعـــلام

١- ابن تيمية (٦٦١هـ - ٧٢٨هـ) [1]:

أحمـد بـن عـبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم الحراني الدمشقي الحنبلي، أبو العـباس، تقـي الدين بن تيمية. ولد في حران ثم تحول به أبوه إلى دمشق، كان كثير البحث في فـنون الحكمة، وكتب في مختلف علوم الشرع كالتفسير والأصول، وأفتى ودرس وهو دون سن العشـرين. وقد مات رحمه الله معتقلاً بقلعة دمشق. ومن أشهر مؤلفاته : الفتاوى، نظرية العقد، القواعد النورانية الفقهية.

٢- ابن حبان (.... - ٣٥٤هـ) [2]:

أبـو حـاتم محمـد بن حبان بن أحمد بن حبان التميمي البستي. كان على قضاء سمرقند زماناً، وكـان مـن فقهاء الدين وحفاظ الآثار عالماً بالطب والنجوم، وفنون العلم كالفقه واللغة والحديث والوعظ. من أشهر مصنفاته: المسند الصحيح، التاريخ، الضعفاء.

٣- ابن حزم (٣٨٤هـ - ٤٥٦هـ) [3]:

أبـو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري، ولد بقرطبة سنة (٣٨٤هـ)، نشأ في تنعم ورفاهـية، كانـت له ولأبـيه من قبله رياسة الوزارة في الأندلس فزهد بها وانصرف إلى العلم والتألـيف حـتى أصبح عالم الأندلس في عصره، انتقد كثيراً من العلماء والفقهاء فتمالأوا على بغضـه، وأجمعـوا علـى تضـليله وحذروا سلاطينهم من فتنته، ونهوا عوامهم عن الدنو منه،

---

(١) الزركلي: خير الدين الزركلي : الأعلام، ج١/ص١٤٤، الناشر: دار العلم للملايين - بيروت، ط(٥) سنة ١٩٨٠.

(٢) الذهبي: شمس الدين أبو عبد الله الذهبي ت (٧٤٨هـ): تذكرة الحفاظ ج٤/ص٩٢٠، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت.

(٣) الذهبي : أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي ت (٧٤٨هـ): سير أعلام النبلاء ج١٨/ص١٨٤ فما بعدها، الناشر: مؤسسة الرسالة - بيروت، ط (٩) سنة ١٤١٣هـ، الزركلي: الإعلام ج٤/ص٢٥٤، الذهبي: تذكرة الحفاظ ج٣/ص١١٤٦ - ١١٤٧.

فطاردتـــه الملـــوك وأقصـــوه، فـــرحل إلى بادية لَبْلة (من بلاد الأندلس) فتوفي فيها. من أشهر مصنفاته : المحلى، الأحكام في أصول الإحكام، الفصل في الملل والنحل.

٤- ابن رجب (٧٣٦هـــ - ٧٩٥هـــ) [١]:

أبـــو الفـــرج زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب السلامي البغدادي ثم الدمشقي، ولد في بغـــداد ونشأ وتوفي في دمشق، كان حافظاً للحديث. ومن أشهر مصنفاته: شرح جامع الترمذي، وجامع العلوم والحكم، والقواعد الفقهية.

٥- ابن رشد الحفيد (٥٢٠هـــ - ٥٩٥هـــ) [٢]:

محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الأندلسي، أبو الوليد الفيلسوف، من أهل قرطبة، ولد قبل موت جده بشهر سنة (٥٢٠هـــ)، عني بكلام أرسطو وترجمته إلى العربية، وزاد عليه زيادات كثيرة، مال إلى علوم الحكماء فكانت له فيها الإمامة، وولي قضاء قرطبة. من أشهر مؤلفاته: فلسفة ابن رشد، تهافت التهافت، بداية المجتهد ونهاية المقتصد.

٦- ابن عابدين (١٩١٨هـــ - ١٢٥٢هـــ) [٣]:

محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين، فقيه الديار الشامية وإمام الحنفية في عصره. مولده ووفاتـــه فـــي دمشق، من أشهر مؤلفاته : رد المحتار على الدر المختار الذي يعرف بحاشية ابن عابدين.

٧- ابن العربي (٤٦٨هـــ - ٥٤٣هـــ) [٤]:

---

[١] الزركلي: الأعلام ج٣/ص٢٩٥.

[٢] الذهبي : سير أعلام النبلاء ج٢١/ص٣٠٧، الزركلي: الأعلام ج٥/ص٣١٨.

[٣] الزركلي: الأعلام ج٦/ص٤٢.

[٤] الذهبي: سير أعلام النبلاء ج٢٠/ص١٩٧-١٩٩.

محمـــد بـــن عبد الله بن محمد بن عبد الله بن العربي الأندلسي الأشبيلي، أبو بكر، كان أبوه أبو محمـــد مـــن كبار أصحاب ابن حزم الظاهري، برع في فنون العلم، وكان فصيحاً بليغاً خطيباً، صنف في الحديث والفقه والأصول وعلوم القرآن والأدب والنحو والتاريخ.

٨- ابن عرفة (٧١٦هـ - ٨٠٣هـ) [١]:

أبـــو عـــبد الله محمـــد بن محمد بن عرفة الورغمي التونسي، تولى إمامة جامع الزيتونة بتونس والخطابة به والفتيا. ومن أشهر مؤلفاته : الحدود الفقهية التي شرحها الرصاع.

٩- ابن قدامة (٥٤١هـ - ٦٢٠هـ) [٢]:

عبد الله بن محمد بن قدامة المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، أبو محمد موفق الدين، ولد في جماعين مـــن قرى مدينة نابلس بفلسطين، ثم هاجر مع أهل بيته وأقاربه إلى دمشق، وتوفي فيها، كان من كبار فقهاء الحنبلية، ومن أشهر مصنفاته: المغني، روضة الناظر، الكافي، المقنع.

١٠- ابن ماجة (٢٠٩هـ - ٢٧٣هـ) [٣]:

الحافظ أبو عبد الله بن يزيد بن ماجة الربعي القزويني، وقَزْوين هي مدينة من أشهر مدن عراق العجـــم، كـــان إماماً في الحديث عارفاً بعلومه وجميع ما يتعلق به، ومن أشهر مصنفاته: تفسير القرآن الكريم، والسنن.

١١- ابن نجيم (... - ٩٧٠هـ) [٤]:

---

[١] مخلـــوف: محمـــد بن محمد مخلوف: شجرة النور الزكية في طبقات المالكية ص٣٥٩، الناشر: دار الكتاب العربي – بيروت، ط (١) سنة ١٣٤٩هـ.

[٢] الذهبي: سير أعلام النبلاء ج٢٢/ص١٦٥-١٦٦، الزركلي: الأعلام ج٤/ص٦٧.

[٣] ابن خلكان : أبو العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن أبي بكر بن خلكان ت (٦٨١هـ): وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان ج٤/ص٢٧٩، تحقيق: د. إحسان عباس، الناشر: دار الثقافة –بيروت، الذهبي: تذكرة الحفاظ ج٢/ص٦٣٦.

[٤] الزركلي: الأعلام ج٣٠/ص٦٤.

زين العابدين بن إبراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم، فقيه من فقهاء الحنفية، مصري، من أشهر تصانيفه: الأشباه والنظائر، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق، والفتاوى الزينية.

١٢- أبو داود (٢٠٢هـ - ٢٧٥هـ) [١]:

سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير الأزدي السجستاني، إمام أهل الحديث في زمانه. أصله من سجستان. من أشهر مؤلفاته : "السنن " وقد جمع فيه (٤٨٠٠) حديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من أصل (٥٠٠) ألف حديث.

١٣- أبو رافع (... - ٤٠هـ) [٢]:

أبو رافع مولى رسول الله ﷺ من قبط مصر، اختلف في اسمه فقيل: أسلم، وقيل: إبراهيم، كان مولى للعباس بن عبد المطلب فوهبه للنبي ﷺ فلما أن بشر النبي ﷺ بإسلام عمه العباس أعتقه، شهد غزوة أحد والخندق، وكان ذا علم وفضل، توفي في خلافة علي سنة أربعين.

١٤- أبو طلحة [٣]:

زيد بن سهل بن الأسود بن حرام الأنصاري الخزرجي، كنيته التي اشتهر بها أبو طلحة، شهد المشاهد كلها مع رسول الله ﷺ ، ولما هاجر النبي ﷺ إلى المدينة أخى بينه وبين أبي عبيدة بن الجراح، تزوج أم سليم أم أنس بن مالك، وتوفي بالمدينة المنورة قبل سنة إحدى وثلاثين، وقيل سنة أربع وثلاثين.

١٥- أبو هريرة [٤]:

---

(١) الزركلي: الأعلام ج٣/ص١٢٢.

(٢) ابن الأثير: أبو الحسين علي بن محمد الجزري، عز الدين المعروف بابن الأثير: أُسد الغابة في معرفة الصحابة ج٦/ص١٠٦، الناشر: دار الشعب، الذهبي: سير أعلام النبلاء ج٢/ص١٦.

(٣) ابن الأثير: أسد الغابة ج٦/ص١٨١-١٨٢.

(٤) ابن الأثير: أسد الغابة ج٦/ص٣١٨- ص٣٢١، الذهبي: تذكرة الحفاظ ج٢/ص٣٢-٣٣.

صـــاحب رسول الله ﷺ عبد الرحمن بن صخر على الأشهر الدَّوسيّ، كان اسمه في الجاهلية عبد شـــمس، وكنيـــته أبو هريرة؛ لأنه كان له هرة يحملها ويلعب بها. أسلم عام خيبر، لزم النبي ﷺ وروى عـــنه الكثـــير مـــن الأحاديث، استعمله عمر بن الخطاب على البحرين ثم عزله، وسكن المديـــنة المـــنورة وتوفي فيها. وقد اختلف في سنة وفاته فقيل: سنة ثمان وخمسين، وقيل : تسع وخمسين.

١٦- أبو يوسف (١١٣هـ - ١٨٢هـ) [١]:

يعقـــوب بـــن إبراهيم بن حبيب بن حبيش بن سعد الأنصاري الكوفي، أبو يوسف صاحب الإمام أبي حنيفة وتلميذه، وأول من نشر مذهبه، ولد بالكوفة سنة (١١٣هـ)، وتفقّه بالحديث والرواية، ثـــم لزم أبا حنيفة فغلب عليه الرأي، وولي القضاء لثلاثة خلفاء : المهدي والهادي والرشيد، وهو أول من دُعي بقاضي القضاة، ويُقال أنه أول من غير لباس العلماء إلى هذه الهيئة التي هم عليها فـــي هذا الزمان، وكان يقال له قاضي قضاة الدنيا، وكان واسع العلم بالتفسير والفقه والأصول، والمغازي وأيام العرب، ومن أشهر مؤلفاته: الخراج، أدب القاضي، الجوامع، النوادر.

١٧- الأثـــرم [٢]:

أبـــو بكـــر أحمد بن محمد بن هانئ الإسكافي الأثرم الطائي، تلميذ الإمام أحمد بن حنبل، ولد في دولة الرشيد، ومات بمدينة إسكاف في حدود (٢٦٠هـ)، وله مصنف في علل الحديث.

١٨- الألوسي (١٢١٧هـ -١٢٧٠هـ) [٣]:

---

(١) أبـــو الوفـــاء: عـــبد القادر بن أبي الوفاء ت (٧٧٥هـ): طبقات الحنفية ص٢٢٠، الناشر: مير محمد كتب خانه - كراتشي، ابن خلكان: وفيات الأعيان ج٦/ص٣٧٨، الزركلي: الأعلام ج٨/ص١٩٣.

(٢) ابن الفراء: أبو الحسين محمد بن أبي يعلي بن الفراء ت (٥٢١هـ): طبقات الحنابلة ج١/ص٦٦، تحقيق: محمد حامد النقي، الناشر: دار المعرفة - بيروت.

الذهبي: سير أعلام النبلاء ج١٢/ص٦٢٣ -٦٢٤، وتذكرة الحفاظ ج٢/ص٥٧٠-٥٧١.

(٣) الزركلي: الأعلام ج٧/ص١٧٦.

محمـــود بـــن عبد الله الحسيني الألوسي، شهاب الدين أبو الثناء، ولد في بغداد وتوفي فيها، كان سـلفي الاعـتقاد، مجـتهداً، تقلد الإفتاء ببلده وعزل فانقطع للعلم، ونسبة الأسرة الألوسية إلى جزيـرة ألوس في وسط نهر الفرات، فرّ إليه جد هذه الأسرة من وجه هولاكو التتري عندما دهم بغداد فانتسب إليها. من أشهر مصنفاته: روح المعاني، ودقائق التفسير.

١٩- أم حبيبة (... - ٤٤هـ) [١]:

أم المؤمنيـن رملـة بنـت أبي سفيان بن حرب بن أمية، وأمها صفية بنت أبي العاص بن أمية، تـزوجها عبـيد الله بن جحش فولدت له حبيبة فكُنيت بها، ثم ارتد عن الإسلام بعد الهجرة إلى الحبشـة فتنصّـر وتوفي هناك، إلا أن أم حبيبة ثبتت على دينها وهجرتها، فبعث رسول الله ﷺ عمـرو بـن أمـية الضمري إلى ملك الحبشة النجاشي ليخطبها عليه فزوجها إياه. وتوفيت في خلافة معاوية بن أبي سفيان سنة أربع وأربعين للهجرة.

٢٠- أنس بن مالك [٢]:

أنـس بـن مالك بن النضر بن ضمضم بن زيد بن حرام بن النجار، خادم رسول الله ﷺ ، وكان يفـتخر بذلـك، أمه الصحابية الجليلة أم سليم، وكان عمره لما قدم النبي ﷺ المدينة مهاجراً عشر سـنين، وهـو من المكثرين في الرواية عن رسول الله ﷺ ، دعا له عليه الصلاة والسلام بكثرة المـال والولـد، واختلف في وقت وفاته فقيل: سنة إحدى وتسعين، وقيل: اثنتين وتسعين، وقيل: سنة ثلاث وتسعين، وهو آخر من توفي بالبصرة من الصحابة.

---

(١) ابن الجوزي: جمال الدين أبو الفرج بن الجوزي ت (٥٩٧هـ): صفوة الصفوة ج٢/ص٤٢-ص٤٦، تحقيق: محمد فـاخوري، الناشر: دار المعرفة - بيروت، ط (٢) سنة ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م، ابن سعد: الطبقات الكبرى ج٨/ص٩٦ و ص١٠٠، الناشر: دار صادر - بيروت.

(٢) ابن الأثير: أسد الغابة ج١/ص١٥١-١٥٢.

٢١- الجرجاني (٧٤٠هـ - ٨١٦هـ) [١]:

علي بن محمد بن علي، المعروف بالشريف الجرجاني، فيلسوف، من كبار العلماء بالعربية، ولد في تاكو (قرب استراباد)، ودرس في شيراز، ثم فرّ إلى سمرقند لما دخلها تيمور سنة ٧٨٩هـ، وبعد موت تيمور عاد إلى شيراز فأقام فيها إلى أن توفي، ومن أشهر مصنفاته: التعريفات، مقاليد العلوم، تحقيق الكليات.

٢٢- الجصاص (٣٠٥هـ - ٣٧٠هـ) [٢]:

أحمد بن علي الرازي الحنفي، أبو بكر الجصاص، سكن بغداد ومات فيها، انتهت إليه رئاسة المذهب الحنفي، وكان مشهوراً ببراعته في العلم، والزهد والتعبد، عرض عليه القضاء فامتنع، وهو تلميذ أبي الحسن الكرخي.

٢٣- الحسن بن زياد (... - ٢٠٤هـ) [٣]:

الحسن بن زياد أبو علي اللؤلؤي الكوفي، صاحب الإمام أبي حنيفة، ولي القضاء بالكوفة ثم عزل نفسه، كان محباً للسنة وأتباعها.

٢٤- خليل [٤]:

خليل بن اسحق بن موسى بن شعيب المعروف بالجندي، حامل لواء المذهب المالكي بزمانه بمصر، وكان مدرس المالكية بالشيخونية وهي أكبر مدرسة بمصر، وكان يرتزق على الجندية، لأن سلفه منهم، وقد اختلف في سنة وفاته فقيل: سنة سبعمائة وتسع وستين، وقيل: سبعمائة

---

(١) الزركلي: الأعلام ج٥/ص٧.

(٢) أبو الوفاء: طبقات الحنفية ص٣٦٦، الذهبي: تذكرة الحفاظ ج٣/ص٧٨٨ و سير أعلام النبلاء ج١٦/ص٣٤٠، الزركلي: الأعلام ج١/ص١٧١.

(٣) أبو الوفاء: طبقات الحنفية ص١٩٣، الذهبي : سير أعلام النبلاء ج٩/ص٥٤٣.

(٤) التنبكتي: أبو العباس أحمد بن أحمد بن عمر المعروف بالتنبكتي : نيل الابتهاج بتطريز الديباج ص١١٢-١١٤، مطبوع مع الديباج المذهب، الناشر : دار الكتب العلمية – بيروت.

محمد بن جرير بن يزيد بن كثير الطبري أبو جعفر، من أهل طبرستان، سكن بغداد وتوفي فيها، كان رأساً في التفسير، إماماً في الفقه والإجماع والاختلاف، علاّمة في التاريخ، عارفاً بالقراءات واللغة، وله مؤلفات أشهرها : جامع البيان عن تأويل آي القرآن، أخبار الأمم وتاريخهم.

٣٧- العباس بن عبد المطلب (... - ٣٢هـ) [١]:

عم رسول الله ﷺ العباس بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف، كنيته أبو الفضل، كان من رؤساء قريش في الجاهلية، وإليه كانت عمارة المسجد الحرام والسقاية في الجاهلية، شهد مع رسول الله ﷺ بيعة العقبة وكان حينها مشركاً. أسلم عقيب غزوة بدر وقيل: قبل الهجرة وكان يكتم إسلامه، كان المسلمون بمكة يتقوّون به، وكان لهم عوناً على إسلامهم. كان ذا رأي سديد وعقل غزير. توفي رحمه الله بالمدينة المنورة سنة اثنتين وثلاثين للهجرة.

٣٨- عبد الله بن عباس (... - ٦٨هـ) [٢]:

عبد الله بن عباس بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف، أبو العباس القرشي الهاشمي، ابن عم رسول الله ﷺ، ولد قبل الهجرة بثلاث سنين، كان يسمى حبر الأمة والبحر لسعة علمه، دعا له النبي ﷺ بالحكمة مرتين فقال: اللهم علمه الحكمة، برع في مختلف علوم الشرع، كان عمره عندما توفي رسول الله عليه الصلاة والسلام ثلاث عشرة سنة.

٣٩- عبد الله بن عمر (... - ٧٣هـ) [٣]:

عبد الله بن عمر بن الخطاب القرشي العدوي، أسلم مع أبيه وهو صغير لم يبلغ الحلم، كان أول مشاهده غزوة الخندق، وشهد غزوة مؤتة، واليرموك، وفتح مصر وإفريقية، كان كثير الاتباع

---

(١) ابن الأثير: أسد الغابة ج٣/ص٦٠-٦٣.

(٢) ابن الأثير : أسد الغابة ج٣/ص١٨٦، الذهبي: سير أعلام النبلاء ج٣/ص٣٣٢ فما بعدها.

(٣) ابن الأثير : أسد الغابة ج٣/ص٢٣٦.

لآثار رسول الله ﷺ ، وكان يكثر من الحج، والصدقة.

٤٠- العدوي (١١١٢هـ - ١١٨٩هـ) [١]:

أبو الحسن علي بن أحمد الصعيدي العدوي، قدم مصر ودرس بالأزهر، ولد في بني عَدِي بمصر. له مؤلفات عددية منها: حاشيته على شرح الخرشي وشرح الزرقاني.

٤١- العز بن عبد السلام (٥٧٧هـ - ٦٦٠هـ) [٢]:

عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن، عز الدين أبو محمد السلمي الدمشقي ثم المصري، الملقب بسلطان العلماء، كان ورعاً زاهداً آمراً بالمعروف وناهياً عن المنكر، جمع بين فنون العلم من التفسير والحديث والفقه والأصول واللغة العربية، وليّ الخطابة بدمشق وتولى القضاء في مصر فقام بالمنصب خير قيام ثم عزل نفسه عن القضاء. توفي بمصر وحضر جنازته الخاص والعام، ومن أشهر تصانيفه : القواعد الكبرى، الفتاوى الموصلية، مجاز القرآن.

٤٢- عمرو بن أمية الضمري (... - ٥٥هـ) [٣]:

عمرو بن أمية بن خويلد بن عبد الله الضمري، يكنى بأبي أميّة، اشتهر في الجاهلية وشهد مع المشركين بدراً وأحداً ثم أسلم، بعثه النبي ﷺ عيناً إلى قريش، وأرسله إلى النجاشي وكيلاً، فعقد على أم حبيبة بنت أبي سفيان، وأول مشاهده بئر معونة. توفي بالمدينة المنورة في خلافة معاوية.

٤٣- القاضي (٣٨٠هـ - ٤٥٨هـ) [٤]:

---

[١] مخلوف : شجرة النور الزكية ص٣٤١.

[٢] ابن قاضي شهبة: طبقات الشافعية ج٢/ص١٠٩-١١١.

[٣] ابن الأثير : أسد الغابة ج٤/ص١٩٣، الزركلي : الأعلام ج٥/ص٧٣.

[٤] ابن الفراء : طبقات الحنابلة ج٢/ص١٩٣-١٩٥، الذهبي : سير أعلام النبلاء ج١٨/ص٨٩-٩٠.

القاضي محمد بن الحسين بن محمد بن خلف بن أحمد بن الفراء أبو يعلى، كان عالم العراق في زمانـــه، وـــله معرفة بعلوم القرآن وتفسيره والأصول، والفقه، ولي القضاء ببغداد، وله مؤلفات عديدة منها: أحكام القرآن، المعتمد ومختصره، العدة في أصول الفقه.

٤٤- القرافي (٦٢٦هـ - ٦٨٤هـ) [١]:

أحمـــد بن إدريس بن عبد الرحمن بن عبد الله الصنهاجي الأصل، أبو العباس المشهور بالقرافي، مـــن علمـــاء المالكية، وهو مصري المولد والنشأة والوفاة. ونسبته إلى قبيلة صنهاجة من برابرة المغـــرب، وإلـــى القـــرافة وهي المحلة المجاورة لقبر الإمام الشافعي بالقاهرة، برع في مختلف العلـــوم وـــله مصنفات عديدة في الفقه والأصول منها: أنوار البروق في أنواء الفروق، الذخيرة، وشرح تنقيح الأصول.

٤٥- الكاساني (... - ٥٨٧هـ) [٢]:

أبـــو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، الملقب بملك العلماء علاء الدين الحنفي، تزوج من ابنة شـــيخه الإمام السمرقندي، وقيل إن سبب هذا الزواج: أن الإمام الكاساني قام بشرح تحفة الفقهاء لشيخه السمرقندي، ففرح به وزوجه ابنته، وجعل مهرها منه ذلك حتى قال الفقهاء: شرح تحفته وزوجه ابنته، ومن أشهر مؤلفاته : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع.

٤٦- محمد بن الحسن (١٣١هـ - ١٨٩هـ) [٣]:

محمد بن الحسن بن فرقد، أبو عبد الله الشيباني إمام بالفقه والأصول، صاحب الإمام أبي حنيفة، أصـــله من دمشق من قرية حرسته، وولد بواسط، ونشأ بالكوفة فسمع من أبي حنيفة وغلب عليه

---

[١] الزركلي: ج١/ص٩٤-٩٥، كحالة: عمر رضا كحالة: معجم المؤلفين ج١/ص١٥٨، الناشر: مكتبة المثنى - بيروت، ودار إحياء التراث العربي - بيروت .

[٢] أبو الوفاء : طبقات الحنفية، ص٢٤٤-٢٤٦.

[٣] أبو الوفاء: طبقات الحنفية ص٤٢، ص٤٤، الزركلي: الأعلام ج٦/ص٨٠.

مذهــبه وعــرف به، ولاه الرشيد القضاء بالرقة، ونعته الخطيب البغدادي بإمام أهل الرأي، وله عدة مؤلفات منها : الجامع الكبير، والجامع الصغير، والسير .

٤٧- المرغيناني (٥٣٠هـ -٥٩٣هـ) [١] :

علــي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين، من أكابر فقهاء الحنفــية، نســبته إلــى مرغينان من نواحي فرغانة، من أشهر تصانيفه: بداية المبتدي وشرحه: الهداية في شرح البداية.

٤٨- ميمونة بنت الحارث (... - ٦١هـ) [٢]:

مــيمونة بنــت الحارث بن حزن بن بجير بن الهزم بن رويبة بن عبد الله بن هلال بن عامر، أم المؤمنين كان اسمها برّة فسماها رسول الله ﷺ ميمونة، كانت قد تزوجت في الجاهلية من مسعود ابــن عمــرو بن عمير الثقفي ثم فارقها ثم تزوجت بأبي رهم بن عبد العزى بن أبي قيس فتوفي عنها، ثم تزوجها رسول الله ﷺ حيث قام عمه العباس بن عبد المطلب بتزويجه إياها. كانت آخر امــرأة تزوجها عليه الصلاة والسلام، وتوفيت رحمها الله في خلافة يزيد بن معاوية، وهي آخر من مات من أزواج النبي ﷺ .

---

(١) الزركلي: الأعلام ج٤/ص٢٦٦.

(٢) ابن سعد : الطبقات الكبرى ج٨/ص١٣٢، ١٣٣، ١٣٧، ١٤٠.

مســـــارد البـــحث

١- مسرد الآيات القرآنية

٢- مسرد الأحاديث النبوية الشريفة

٣- مسرد الآثار

٤- مسرد الأعلام

٥- مسرد المصادر والمراجع

١- مسرد الآيات القرآنية

الرقم	مطلـــع الآيــة	رقمها	السورة	الصفحات التي وردت فيها
١-	"بل الله فاعبد وكن ... "	٦٦	الزمر	ب
٢-	"وما جعل عليكم في الدين .... "	٧٨	الحج	ت، ١٣٧،١٣٩
٣-	"وتحبون المال حباً ... "	٢٠	الفجر	ت
٤-	"يا أيها الذين آمنوا أوفوا ... "	٣	المائدة	ج
٥-	"ومن يتوكل على الله ... "	١	الطلاق	ث،٤،٢، ٢٢
٦-	"وبعهد الله أوفوا ... "	١٥٢	الأنعام	٢٢
٧-	"وأوفوا بالعهد إن العهد ... "	٣٤	الإسراء	٢٢
٨-	"وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا ... "	٣٥	النساء	٣٩
٩-	"فويل للمصلين الذين هم عن صلاتهم ساهون ."	٤-٧	الماعون	٤٣
١٠-	"والله لا يحب الفساد"	٢٠٥	البقرة	٤٨
١١-	"ظهر الفساد في البر ... "	٤١	الروم	٤٨
١٢-	"والله يعلم المفسد ... "	٢٢٠	البقرة	٤٩
١٣-	"أصحاب الجنة يومئذ خير ... "	٢٤	الفرقان	٦٣
١٤-	"وأحل الله البيع "	٢٧٥	البقرة	٧٩
١٥-	" قالت إحداهما يا أبت ... "	٢٦	القصص	٨٦

-١٦	"فهم شركاء في الثلث "	١٢	النساء	٨٩
-١٧	"وإن كثيرا من الخلطاء ... "	٢٤	ص	٨٩
-١٨	"ولا تكسب كل نفسٍ ... "	١٦٤	الأنعام	٩٦
-١٩	"وآخرون يضربون ... "	٢٠	المزمل	٩٦، ٩٧
-٢٠	"كل نفس بما كسبت ... "	٣٨	المدثر	١١٥
-٢١	"كل امرئ بما ... "	٢١	الطور	١١٥
-٢٢	"وإن كنتم على سفرٍ ولم ... "	٢٨٣	البقرة	١١٦
-٢٣	"يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا ... "	٢٩	النساء	١٢٠
-٢٤	"لا يكلف الله نفساً ... "	٢٨٥	البقرة	١٣٩
-٢٥	"فلما رأوه عارضاً ... "	٢٤	الأحقاف	١٤٣
-٢٦	"فلا ترجعوهن إلى الكفار ... "	١٠	الممتحنة	١٥٤
-٢٧	"ولا تمسكوا بعصم الكوافر "	١٠	الممتحنة	١٥٤
-٢٨	"ولمن جاء به حمل بعير "	٧٢	يوسف	١٦٨
-٢٩	"لا يؤاخذكم الله باللغوْ ... "	٨٩	المائدة	١٦٩
-٣٠	يا أيها الذين آمنوا لا تقتلوا ... "	٩٥	المائدة	١٧٠
-٣١	"إن الله يأمركم أن تؤدوا .... "	٥٨	النساء	١٧٤، ١٧٥
-٣٢	"فلا عدوان إلا ... "	١٩٣	البقرة	١٧٩

٢- مسرد الأحاديث النبوية

الرقم	مطلـــــع الحــــديث	الصفحة التي وردت فيها
١-	أن النبي ﷺ وكل عمرو بن أمية الضمري .... "	٣٩
٢-	"وكَّل أبا رافع في قبول نكاح .... "	٤٠
٣-	" أن النبي ﷺ استعار فرساً ... "	٤٣
٤-	"نهى عن بيع ... "	٥٥
٥-	"أقيلوا ذوي الهيئات ... "	٦٣
٦-	" من أقال مسلماً ... "	٦٥، ٦٦
٧-	" من أقال نادماً بيعته ... "	٦٥، ٦٦
٨-	"البيعان بالخيار ... "	٧٩
٩-	" لا يحل سلف وبيع ولا شرطان ... "	٨٠
١٠-	"الخراج ... "	٨١، ١٦٩
١١-	"ثلاثة أنا خصمهم يوم ... "	٨٧
١٢-	" يقول الله عزوجل أنا ثالث الشريكين ... "	٩٠
١٣-	" ثلاث فيهن البركة ... "	٩٧
١٤-	" عامل أهل خيبر ... "	١٠٩
١٤-	"توفي رسول الله ﷺ ودرعه مرهونة ... "	١١٦
١٥-	"فإن دماءكم وأموالكم ... "	١٢٠
١٦-	" لا يحل مال امرئٍ مسلم ... "	١٢١

١٧-	"طعام بطعام ... "	١٦٨
١٨-	" علي اليد ما أخذت ... "	١٦٨
١٩-	" هل تجد رقبة تعتقها ؟ .... "	١٦٩
٢٠-	" أد الأمانة إلى من ائتمنك ... "	١٧٤
٢١-	" من أودع وديعة ... "	١٧٥
٢٢-	" لا ضمان على ... "	١٧٥

٣- مسـرد الآثار

الرقم	مطلـع الأثـر	الصفحة التي ورد فيها
١-	ما رواه عبد الله عن أبيه العباس أنه كان إذا دفع مالاً مضاربة ...	٩٨
٢-	عمرو وعلي رضي الله عنهما كانا يضمّنان الأجير المشترك ...	١٨٠

٤- مســـرد الأعــــلام

الرقم	اسم العلم	الصفحات التي ورد فيها
١-	ابن تيمية	٢٢
٢-	ابن حبان	٦٥
٣-	ابن حزم	٤١، ٧٠، ١٣٧
٤-	ابن رجب	٣٦
٥-	ابن رشد	٥٢، ٩٠، ١٧٢
٦-	ابن عابدين	٥، ٧٨، ١٢٦، ١٥٢
٧-	ابن العربي	٤
٨-	ابن عرفة	٦٤
٩-	ابن قدامة	١٢٨
١٠-	ابن ماجة	٦٥، ٩٧
١١-	ابن نجيم	٦٦، ١٦٤
١٢-	أبو داود	٦٤
١٣-	أبو رافع	٣٩
١٤-	أبو طلحة	٤٣
١٥-	أبو هريرة	٦٤، ٦٥، ٩٠
١٦-	أبو يوسف	٦٧، ٦٨، ١١٠، ١٥٤، ١٥٥، ١٥٦، ١٧٩
١٧-	الأثرم	١٣٦

١٨-	الألوسي	٤
١٩-	أنس بن مالك	٤٣، ١٦٨
٢٠-	الجرجاني	٥٥، ٥٦
٢١-	الجصاص	٣، ٤، ٦
٢٢-	الحسن بن زياد	٩٤
٢٣-	خليل	٤٩، ٥٠
٢٤-	الدردير	٤٩
٢٥-	الدسوقي	٥٠
٢٦-	الراغب الأصفهاني	٤٩
٢٧-	الرافعي	٨٠
٢٨-	الرصاع	٦٤
٢٩-	الرملي	٢٦
٣٠-	الزرقا	٦، ٧، ٢٧، ٥٠، ١٤٣، ١٦١، ١٦٣، ١٦٥
٣١-	الزركشي	٧، ٢١، ٣١، ٣٤
٣٢-	زفر	٥٧، ٧٢، ١٥٧، ١٧٩
٣٣-	السرخسي	٥٥، ١٠٠
٣٤-	سليم رستم	١٥٢
٣٥-	السمرقندي	٨٠
٣٦-	السيوطي	١٢٣، ١٦٣

٥- مسرد المصادر والمراجع

أولاً : القرآن الكريم وعلومه :

١- القرآن الكريم .

٢- الألوسي: شهاب الدين السيد محمود بن عبد الله الحسيني الألوسي ت (١٢٧٠هـ): **روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني**، الناشر: دار الفكر-بيروت، طبعة سنة ١٣٩٨ هـ -١٩٧٨م.

٣- الجصاص: أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص ت (٣٧٠هـ): **أحكام القرآن**، الناشر: دار الكتاب العربي – بيروت، بدون طبعة.

٤- ابن الجوزي : جمال الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي ت (٥٩٧ هـ): **زاد المسير في علم التفسير**، الناشر: المكتب الإسلامي -بيروت، ط(٣) سنة ١٤٠٤هـ.

٥- الراغب الأصفهاني: أبو القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الاصفهاني ت (٥٠٢ هـ) : **المفردات في غريب القرآن الكريم**، تحقيق: محمد سيد كيلاني، الناشر: دار المعرفة- بيروت.

٦- الشوكاني : محمد بن علي الشوكاني ت (١٢٥٠هـ): **فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية في علم التفسير**، الناشر : دار الفكر – بيروت، بدون طبعة.

٧- الطبري : أبو جعفر محمد بن جرير بن يزيد الطبري ت (٣١٠هـ): **جامع البيان في تفسير القرآن – تفسير الطبري**-، الناشر : دار المعرفة – بيروت، ط (٣) سنة ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م.

٨- ابن العربي : أبو بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي ت(٥٤٣هـ): **أحكام القرآن**، تحقيق : علي محمد البجاوي، الناشر: دار الفكر، بدون طبعة.

٩- القرطبــي: أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرج القرطبي ت(٦٧١هـ): **الجامع لأحكــام القرآن**، تحقيق: أحمد عبد العليم البردوني، الناشر: دار الشعب- القاهرة-، ط (٢) سنة ١٣٧٢هـ .

١٠- ابــن كثــير: أبو الفداء إسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي ت (٧٧٤هـ): **تفسير القرآن العظيم- تفسير ابن كثير-**، الناشر: دار الفكر -بيروت، طبعة سنة ١٤٠١هـ - ١٩٨١م.

ثانياً : كتب الحديث النبوي الشريف وعلومه :

١- الــبخاري: أبــو عــبد الله محمــد بن إسماعيل بن إبراهيم الجعفي البخاري ت (٢٥٦هـ): **صــحيح البخاري**، تحقيق: مصطفى ديب البغا، الناشر: دار بن كثير - اليمامة -بيروت، ط (٣) سنة ١٤٠٧هـ - ١٩٩٧م.

٢- البيهقــي: أبــو بكــر أحمــد بن الحسين بن علي بن موسى البيهقي ت(٤٥٨هـ): **السنن الكــبرى**، تحقــيق: محمد عبد القادر عطا، الناشر: مكتبة دار الباز - مكة المكرمة، طبعة سنة ١٤١٤هـ -١٩٩٤م.

٣- الــترمذي: أبــو عيســى محمد بن عيسى بن سودة الترمذي السلمي ت(٢٧٩هـ): **الجامع الصــحيح - ســنن الــترمذي-**، تحقيق: أحمد محمد شاكر وآخرون، الناشر: دار إحياء التراث العربي -بيروت، بلا طبعة.

٤- الحــاكم : أبــو عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري ت(٤٠٥هـ): **المستدرك على الصــحيحين**، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، الناشر: دار الكتب العلمية- بيروت، طبعة سنة ١٤١١هـ -١٩٩٠م.

٥- ابـــن حـــبان: أبـــو حاتم محمد بن حبان بن أحمد التميمي البستي ت(٣٥٤هـ): **صحيح ابن حـــبان**، تحقـــيق: شعيب الأرناؤوط، الناشر، مؤسسة الرسالة - بيروت، طبعة سنة ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.

٦- ابـــن حنـــبل: أبـــو عبد الله أحمد بن حنبل: **المسند، وبهامشه منتخب كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال**، الناشر: دار الفكر، ط(٢) سنة ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م.

٧- الخطابـــي: أبـــو سليمان حمد بن محمد الخطابي البستي ت(٣٨٨هـ) : **معالم السنن شرح ســـنن أبـــي داود**، خـــرج آياتـــه ورقم كتبه : عبد السلام عبد الشافي محمد، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، ط (١) سنة ١٤١١هـ - ١٩٩١م.

٨- الـــدار قطنـــي: أبو الحسن علي عمر الدار قطني البغدادي ت(٣٨٥هـ): **سنن الدار قطني**، تحقـــيق: السيد عبد الله هاشم يماني مدني، الناشر: دار المعرفة-بيروت، طبعة سنة ١٣٨٦هـ - ١٩٦٦م.

٩- أبـــو داود: ســـليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي ت(٢٧٥هـ): **سنن أبي داود**، تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، الناشر: دار الفكر، بدون طبعة.

١٠- الشـــافعي: أبـــو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي ت (٢٠٤هـ): **مسند الشافعي**، الناشر: دار الكتب العلمية -بيروت، ط(١) سنة ١٤٠٠هـ -١٩٨٠م.

١١- الشـــوكاني : محمـــد بن علي بن محمد الشوكاني ت(١٢٥٠هـ): **نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار**، الناشر: دار الجيل-بيروت، طبعة سنة ١٩٧٣م.

١٢- الصـــنعاني: محمد بن إسماعيل الكحلاني الصنعاني المعروف بالأمير ت(٨٥٢هـ): **سبل الســـلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام**، ويليه متن نخبة الفكر في مصطلح أهل الأثر،

تحقـيق: محمـد عبد العزيز الخولي، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت، ط (٤) سنة ١٣٧٩هـ.

١٣- عـبد الـرزاق: أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني ت(٢١١هـ): **المصنف**، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، الناشر: المكتب الإسلامي - بيروت، ط (٢) سنة ١٤٠٣هـ.

١٤- العسـقلاني: الحافظ أبو الفضل شهاب الدين أحمد بن محمد بن حجر العسقلاني ت (٨٥٢هـ): **فتح الباري بشرح صحيح البخاري**، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي ومحب الدين الخطيب، الناشر: دار المعرفة - بيروت، طبعة سنة ١٣٧٩هـ.

١٥- الكنانـي: أحمد بن أبي بكر بن إسماعيل الكناني ت (٨٤٠هـ): **مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجة**، تحقيق: محمد المنتقى الكشناوي، الناشر: دار العربية -بيروت،ط(٢)سنة ١٤٠٣هـ.

١٦- ابـن ماجـة: أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني ت(٢٧٥هـ): **سنن ابن ماجة**، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر: دار الفكر - بيروت، بدون طبعة.

١٧- مـالك: الإمـام مالك بن أنس الأصبحي ت (١٧٩هـ): **الموطأ**، صححه وخرج أحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر: دار إحياء التراث العربي، بدون طبعة.

١٨- مسـلم: أبـو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري ت(٢٦١هـ): **صحيح مسلم**، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر: دار إحياء التراث العربي- بيروت.

١٩- النسائي: أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي ت(٣٠٣هـ): **سنن النسائي**، تحقيق: د. عـبد الغفار سليمان البنداري وسيد كسروي حسن، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، ط (١) سنة ١٤١١هـ - ١٩٩١م.

٢٠- الهيثمـي: نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي ت(٨٠٧هـ): **مجمع الزوائد ومنبع الفوائد بتحرير الحافظين العراقي وابن حجر**، الناشر: مكتبة القدس - القاهرة، طبعة لسنة ١٣٥٣هـ.

ثالثاً: كتب الأصول والقواعد الفقهية :

١- الآمــدي: أبو الحسين علي بن أبي علي بن محمد الآمدي ت(٦٣١هـ): **الإحكام في أصول الأحكام**، تحقيق: الدكتور سيد الجميلي، الناشر: دار الكتاب العربي -بيروت، ط(١)سنة ١٤٠٤هـ.

٢- أمــير الحاج: ابن أمير الحاج ت(٨٧٩هـ): **التقرير والتحبير على تحرير الإمام الكمال بن الهمــام في علم الأصول الجامع بين اصطلاحي الحنفية والشافعية**، وبهامشه شرح جمال الدين الأســنوي المســمى نهاية السول، الناشر: دار الكتب العلمية – بيروت،ط (٢) سنة ١٤٠٣هـ – ١٩٨٣م.

٣- البخاري : علاء الدين عبد العزيز أحمد البخاري ت (٧٠٣هـ): **كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي**، ضبط وتعليق: محمد المعتصم بالله البغدادي، الناشر: دار الكتاب العربي، ط (٣) سنة ١٤١٧هـ – ١٩٩٧م .

٤- البركتــي: محمد عميم الإحسان المجددي البركتي: **قواعد الفقه**، الناشر: الصدف ببلشرز – كراتشي، ط (١) سنة ١٤٠٧هـ – ١٩٨٦م.

٥- البعلــي: علي بن عباس البعلي الحنبلي ت (٨٠٣هـ): **القواعد والفوائد الأصولية**، تحقيق: محمد حامد الفقي، الناشر: مطبعة السنة المحمدية – القاهرة، طبعة سنة ١٣٧٥هـ – ١٩٥٦م.

٦- التفتازاني: سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني الشافعي ت (٧٩٢هـ): **شرح التلويح على التوضــيح لمتن التنقيح في أصول الفقه**، ضبطه وخرج آياته وأحاديثه: الشيخ زكريا عميرات، الناشر: دار الكتب العلمية – بيروت، ط (١) سنة ١٤١٦هـ – ١٩٩٦م.

٧- آل تيميــية: عــبد السلام بن عبد الحليم بن أحمد بن عبد الحليم آل تيمية: **المسودة في علم أصول الفقه**، تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، الناشر: مطبعة المدني – القاهرة، طبعة سنة ١٣٨٤هـ - ١٩٦٤م.

٨- الحمدي: أحمد بن محمد بن الحنفي الحموي المتوفى في القرن الحادي عشر الهجري: **غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر**، الناشر: دار الكتب العلمية.

٩- ابــن رجــب:الحــافظ أبو الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي ت(٧٩٥هـ) : **القواعد في الفقه الاسلامي**، الناشر: دار المعرفة- بيروت، بدون طبعة.

١٠-الزركشي: أبو عبد الله بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الشافعي المعروف بالزركشي ت (٧٩٤هـــ) : **المنثور في القواعد**، تحقيق: محمد حسن محمد حسن اسماعيل، الناشر: دار الكتب العلمية- بيروت، ط (١) سنة ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م.

١١-الســيوطي :جــلال الديــن أبو الفضل عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي ت (٩١١هـ): **الأشباه والنظائر في قواعد و فروع فقه الشافعية**، تخريج وضبط: خالد عبد الفتاح أبو سليمان، الناشر: مؤسسة الكتب الثقافية – بيروت، ط (١) سنة ١٤١٥هـ-١٩٩٤م.

١٢-الشــاطبي: أبــو اسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي المعروف بالشاطبي : **الموافقات في أصول الشريعة**، الناشر: دار المعرفة- بيروت، بدون طبعة.

١٣- ابــن عــبد السلام: أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي الملقب بسلطان العلمــاء ت (٦٦٠هـ) : **قواعد الأحكام في مصالح الأنام**، راجعه وعلق عليه: طه عبد الرؤوف سعيد، الناشر: دار الجيل – بيروت، ط (٢) سنة ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م.

١٤- الغزالـــي: حجة الإسلام أبو حامد محمد بن محمد الغزالي ت (٥٠٥هـ): **المستصفى من علــم الأصــول**، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، الناشر: دار الكتب العلمية – بيروت، ط (١) سنة ١٤١٣هـ.

١٥- القرافـــي: أبو العباس أحمد بن إدريس الصّنهاجي القرافي ت (٦٨٤هـ): **الفروق أو أنوار الــبروق فـــي أنواء الفروق**، ومعه إدرار الشروق على أنواء الفروق، ضبطه وصححه : خليل المنصور، الناشر: دار الكتب العلمية –بيروت، ط (١) سنة ١٤١٨هـ – ١٩٩٨م.

١٦- المطيعي : محمد بخيت بن حسين المطيعي: **سلم الوصول شرح نهاية السول**، مطبوع مع **نهاية السول شرح منهاج الأصول**، الناشر: المطبعة السلفية، بدون طبعة.

١٧- ابــن نجيم: زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم ت(٩٧٠هـ): **الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان**، الناشر: دار الكتب العلمية – بيروت، طبعة سنة ١٤٠٥هـ –١٩٨٠م.

رابعاً : كتب المذاهب الفقهية :

أ- كتب الفقه الحنفي :

البابرتي : كمال الدين محمد بن محمود البابرتي ت(٧٨٦هـ): **العناية على الهداية، مطبوع مع شـــرح فتح القدير لابن الهمام**، الناشر: مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي – مصر، ط (١) سنة ١٣٨٩هـ – ١٩٧٠م.

٢- بـــاز : ســـليم رســـتم بـــاز : **شرح المجلة**، الناشر: المطبعة الأدبية – بيروت، ط (٣) سنة ١٩٢٣هـ .

٣- باشـــا : محمـــد قـــدري باشـــا : **مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإحسان في المعاملات الشـــرعية على مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان**، الناشر: المكتبة المصرية، ط (١) سنة ١٣٣٨هـ .

٤- الـــبغدادي: غانم بن محمد البغدادي : **مجمع الضمانات**، الناشر: دار الكتاب الإسلامي، بدون طبعة.

٥- الحصـــكفي : علاء الدين الحصكفي: **الدر المختار شرح تنوير الابصار**، مطبوع مع حاشية ابن عابدين، الناشر: مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده- مصر، ط (٢) سنة ١٣٨٦ هــ - ١٩٦٦م.

٦- حــيدر: علـــي حيدر : **درر الحكام شرح مجلة الأحكام**، الناشر: دار الجيل - بيروت، طبعة سنة ١٩٩١م.

٧- داماد : عبد الرحمن بن سليمان شيخي زاده المعروف بداماد: **مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر**، الناشر :

٨- زيلعـــي: فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي: **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**، الناشر: دار الكتاب الإسلامي - بيروت.

٩- السرخســـي: شـــمس الدين أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي ت (٤٨٣هــ): **المبسوط**، الناشر: دار المعرفة - بيروت، ط (٣) سنة ١٣٩٨هــ - ١٩٧٨م.

١٠- الســمرقندي: محمــد بـــن أحمـــد بن أبي أحمد السمرقندي ت (٥٣٩هــ): **تحفة الفقهاء**، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، ط (١) سنة ١٤٠٥هــ .

١١- الطـــوري : محمـــد بـــن حسين بن علي الطوري الحنفي: **تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، الناشر: دار المعرفة - بيروت.

١٢- ابـــن عابدين: محمد أمين الشهير بابن عابدين: **رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصـــار فـــي فقـــه الإمـــام الأعظم أبي حنيفة**، الناشر: مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده - مصر، ط (٢) سنة ١٢٨٦هــ - ١٩٦٦م .

١٣- العبادي : أبو بكر محمد بن علي الحدادي العبادي : **الجوهرة النيرة**، الناشر: المطبعة الخيرية، بدون طبعة.

١٤- العيني: أبو محمد محمود بن أحمد العيني: **البناية في شرح الهداية**، تصحيح: المولوي محمد عمر الشهير بناصر الإسلام الرامفوري ، الناشر: دار الفكر، ط (١) سنة ١٤٠١هـ-١٩٨١م.

١٥- الغنيمي: عبد الغني الغنيمي الدمشقي: **اللباب في شرح الكتاب**، الناشر: المكتبة العلمية – بيروت، طبعة لسنة ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م.

١٦- الكاساني: علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي الملقب بملك العلماء ت (٥٨٧هـ) : **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، الناشر: دار الكتب العلمية – بيروت، ط (٢) سنة ١٤٠٦هـ - ١٩٦٨م.

١٧- المرغيناني: أبو الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني ت (٥٩٣هـ): **بداية المبتدي**، تحقيق: حامد إبراهيم كرسون ومحمد عبد الوهاب بحيري، مطبعة محمد علي صبيح – القاهرة، ط (١) سنة ١٣٥٥هـ.

١٨- المرغيناني: أبو الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني ت (٥٩٣هـ): **الهداية شرح بداية المبتدي**، الناشر: المكتبة الإسلامية، الطبعة الأخيرة.

١٩- الموصلي : أبو الفضل عبد الله بن محمود بن مودود بن محمود الموصلي ت (٦٨٣هـ): **الاختيار لتعليل المختار**، تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، الناشر: مكتبة الجامعة الأزهرية – القاهرة ط (٢) سنة ١٣٧٢هـ - ١٩٥٣م.

٢٠- ابن نجيم: زين العابدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم ت (٩٧٠هـ) **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، الناشر: دار المعرفة – بيروت، بدون طبعة.

٢١- نظـام وجماعـة مـن علماء الهند: **الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة،** وبهامشه فتاوى قاضيخان والفتاوى البزازية، الناشر: دار المعرفة - بيروت، بدون طبعة.

٢٢- ابـن الهمـام : كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم الإسكندري المعروف بابن الهمـام ت (٦٨١هـ): **شـرح فـتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي**، الناشر: مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي - مصر، ط (١) سنة ١٣٨٩هـ - ١٩٧٠م.

ب- كتب الفقه المالكي :

١- ابـن جزي: محمد بن أحمد بن جزي الكلبي ت (٧٤١هـ): **القوانيـن الفقهية**، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت.

٢- الحطـاب: أبـو عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب ت (٩٥٤هـ): **مواهب الجليل شرح مختصر خليل**، الناشر: دار الفكر - بيروت، ط (٢) سنة ١٣٨٩هـ .

٣- الخرشـي: أبو عبد الله محمد الخرشي: **الخرشي على مختصر سيدي خليل**، وبهامشه حاشية الشيخ علي العدوي الصعيدي، الناشر: دار صادر - بيروت.

٤- الدردير: أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير: **الشرح الصغير على أقرب المسالك إلـى مذهـب الإمام مالك**، وبهامشه حاشية الشيخ أحمد الصاوي، تخريج وضبط : د. مصطفى وصفي، الناشر: دار المعارف- مصر، طبعة سنة ١٩٧٤م.

٥- الدرديـر: أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير: **الشرح الكبير**، مطبوع مع حاشية الدسوقي، الناشر: دار إحياء الكتب العربية - عيسى البابي الحلبي وشركاه.

٦- الدسـوقي: شمس الدين محمد عرفة الدسوقي: حاشية الدسوقي على **الشرح الكبير**، وبهامشه تقريـرات للعلامـة الشيخ محمد عليش، الناشر: دار إحياء الكتب العربية - عيسى البابي الحلبي وشركاه.

٧- ابن رشد الحفيد : أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي ت (٥٩٥هـ): **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، الناشر: دار الكتب العلمية – بيروت.

٨- الرصـــاع: محمـــد بن قاسم الرصاع: **شرح حدود ابن عرفة**، الناشر: المكتبة العلمية، بدون طبعة.

٩- الزرقانـــي: محمـــد بـــن عـــبد الباقي بن يوسف الزرقاني ت (١١٢٢هـ): **شرح الزرقاني لمختصر خليل**، الناشر: دار الكتب العلمية – بيروت، ط (١) سنة ١٤١١هـ.

١٠- الصـــاوي: أحمـــد بـــن محمد الصاوي ت (١٢٣١هـ): **بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير للدردير**، الناشر: دار المعارف – مصر، طبعة سنة ١٩٧٤م.

١١- ابن عبد البر : أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر القرطبي ت (٤٦٣هـ): **التمهيد**، تحقيق : مصطفى بن أحمد العدوي ومحمد بن عبد الكبير البكري، الناشر: وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية- المغرب، طبعة سنة ١٣٧٨هـ.

١٢- ابـــن عبد البر: أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر القرطبي ت (٤٦٣هـ): **الكافـــي في فقه أهل المدينة المالكي**، الناشر : دار الكتب العلمية – بيروت، ط (١) سنة ١٤٠٧ هـ – ١٩٨٧م.

١٣- العـــدوي: علي بن أحمد العدوي: **حاشية الشيخ علي العدوي على مختصر خليل**،مطبوع بهامش الخريش على مختصر خليل، الناشر: دار صادر- بيروت.

١٤- القرافـــي: أبو العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي القرافي ت(٦٨٤هـ): **الذخيرة**، تحقيق: سعيد أعراب، الناشر: دار العرب الإسلامي -بيروت، ط١ سنة ١٩٩٤م.

١٥- الكشـــناوي: أبو بكر بن حسن الكشناوي: **أسهل المدارك شرح إرشاد السالم في فقه إمام الأئمـــة مالك**، ضبطه وصححه: محمد عبد السلام شاهين، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، ط (١) سنة ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م.

١٦- مـــالك: الإمـــام مـــالك بن أنس الأصبحي: **المدونة الكبرى رواية الإمام سحنون عن ابن القاسم**، الناشر: دار صادر - بيروت.

١٧- المـــواق: أبـــو عبد الله محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري الشهير بالمواق ت (٨٩٧ هـ) : **التاج والإكليل لمختصر خليل**، الناشر: دار الفكر - بيروت، ط (٢) سنة ١٣٩٨هـ.

١٨- الـــنفراوي: أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي ت (١١٢٥هـ): **الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني**، الناشر: دار الفكر - بيروت.

جـ- كتب الفقه الشافعي :

١- الرافعـــي: عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القزويني ت (٦٢٣هـ): **فتح العزيز شـــرح الوجـــيز المعروف بالشرح الكبير**، تحقيق: الشيخ علي محمد عوض، والشيخ عادل عبد الموجود، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، ط (١) سنة ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م.

٢- الرملـــي: شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي الشهير بالشـــافعي الصـــغير ت (١٠٠٤هـ): **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمـــام الشـــافعي**، الناشر: مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي - مصر، الطبعة الأخيرة سنة ١٣٨٦هـ - ١٩٦٧م.

٣- الشـــافعي : أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي ت (٢٠٤هـ): **الأم**، الناشر: دار المعرفة - بيروت، ط (٢) سنة ١٣٩٣هـ.

٤- الشربيني: شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني: **الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع**، الناشر: دار المعرفة – بيروت.

٥- الشـــربيني: شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني: **مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج**، تحقيق: محمد خليل عيتاني، الناشر: دار المعرفة – بيروت، ط (١) سنة ١٤١٨هـ – ١٩٩٧م.

٦- الشـــرواني: الشـــيخ عـــبد الحميد الشرواني: **حواشي الشرواني على تحفة المحتاج بشرح المنهاج حاشية ابن القاسم العبادي**، الناشر: دار صادر، بدون طبعة.

٧- الشـــيرازي: أبو اسحق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي الشيرازي ت (٤٧٦هـ) : **المهـــذب فـــي فقـــه الإمـــام الشافعي**، الناشر: دار المعرفة – بيروت، ط (٢) سنة ١٣٧٩هـ – ١٩٥٩م.

٨- الغزالـــي: حجـــة الإســـلام محمـــد بن محمد بن محمد الغزالي ت (٥٠٥هـ): **الوسيط في المذهب**، حققه وعلق عليه: أحمد محمود إبراهيم ومحمد محمد تامر، الناشر: دار السلام، ط (١) سنة ١٤١٧هـ – ١٩٩٧م.

٩- القليوبـــي وعمـــيرة : شهاب الدين أحمد بن سلامة القليوبي ت (١٠٦٩هـ) و شهاب الدين أحمـــد البرنسي الملقب بعميرة ت (٩٥٧هـ): حاشيتا القليوبي وعميرة على **كنز الراغبين شرح مـــنهاج الطالبين**، ضبطه وصححه وخرج آياته : عبد اللطيف عبد الرحمن، الناشر: دار الكتب العلمية – بيروت، ط (١) سنة ١٤١٧هـ – ١٩٩٧م.

١٠- المحلـــي : جلال الدين محمد بن أحمد المحلي ت (٨٦٤هـ): **كنز الراغبين شرح منهاج الطالبين**، مطبوع مع حاشيتا القليوبي وعميرة، الناشر: دار الكتب العلمية – بيروت، ط (١) سنة ١٤١٧هـ – ١٩٩٧م.

١١- النووي: محي الدين أبو زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي ت (٦٧٦هـ): **روضة الطالبين**، الناشر: المكتب الإسلامي – بيروت، ط (٢) سنة ١٤٠٥هـ – ١٩٨٥م.

١٢- النووي: محي الدين أبو زكريا يحيى بن شرف النووي ت (٦٧٦هـ): **المجموع شرح المهذب**، الناشر: المكتبة السلفية – المدينة المنورة، بدون طبعة.

د- كتب الفقه الحنبلي :

١- ابن تيمية: أحمد بن عبد الحليم بن تيمية ت (٧٢٨هـ): **مجموع الفتاوى**، جمع وترتيب : المرحوم عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، الناشر: دار إحياء الكتب العربية – فيصل عيسى البابي الحلبي، بدون طبعة.

٢- البهوتي: منصور بن يونس بن إدريس البهوتي ت (١٠٥١هـ) : **الروض المربع شرح زاد المستقنع مختصر المقنع**، الناشر: مكتبة الرياض الحديثة – الرياض، طبعة سنة ١٣٩٠هـ.

٣- البهوتي: منصور بن يونس بن إدريس البهوتي ت (١٠٥١هـ) **شرح منتهى الإرادات**، الناشر: دار الفكر، بدون طبعة.

٤- البهوتي: منصور بن يونس بن إدريس البهوتي ت (١٠٥١هـ): **كشاف القناع عن متن الاقناع**، علق عليه: الشيخ هلال مصطفى هلال، الناشر: دار الفكر – بيروت، طبعة سنة ١٤٠٢ هـ – ١٩٨٢م.

٥- ابن ضويّان: إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويّان ت (١٣٥٣هـ): **منار السبيل في شرح الدليل**، تحقيق: عصام القلعجي، الناشر: مكتبة المعارف– الرياض، ط (٢) سنة ١٤٠٥هـ – ١٩٨٥م.

٦- ابــن قدامة: موفق الدين أبو محمد بن عبد الله بن أحمد بن قدامة ت (٦٢٠هـ): **الكافي في فقــه ابــن حنــبل**، تحقــيق: زهير الشاويش، الناشر: المكتب الإسلامي – بيروت، ط (٥) سنة ١٤٠٨هـ -١٩٨٨م.

٧- ابــن قدامة: موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة ت (٦٢٠هـ): **المغني على مختصر أبي القاسم الخرقي**، الناشر: مكتبة الرياض الحديثة – الرياض، بدون طبعة.

٨- ابــن مفلح: أبو اسحق إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح ت(٨٨٤هـ): **المبدع**، الناشر: المكتب الإسلامي – بيروت، طبعة سنة ١٤٠٠هـ.

٩- ابن مفلح: أبو عبد الله محمد بن مفلح المقدسي ت (٧٦٢هـ): **الفروع**، تحقيق: أبو الزهراء حازم القاضي، الناشر: دار الكتب العلمية – بيروت، ط (١) سنة ١٤١٨هـ.

١٠- المــرداوي: أبــو الحســين علــي بن سليمان بن أحمد المرداوي السعدي ت (٨٨٥هـ): **الإنصــاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل**، تحقيق: محمد حسن إسماعيل الشافعي، الناشر: دار الكتب العلمية – بيروت، ط (١) سنة ١٤١٨هـ -١٩٩٧م.

هـ- كتب الفقه الظاهري :

ابــن حــزم : أبو محمد علي بن احمد بن سعيد بن حزم ت (٤٥٦هـ) : **المحلّى**، تحقيق: لجنة إحياء التراث العربي، الناشر: دار الآفاق الجديدة – بيروت، بدون طبعة.

و- كتب الفقه الزيدي :

١- ابــن المرتضى : الإمام المهدي أحمد بن يحيى بن المرتضى: **البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار**، الناشر: دار الكتاب الإسلامي، بدون طبعة.

٢- ابــن المرتضى: الإمام المهدي أحمد بن يحيى بن المرتضى: **عيون الأزهار في فقه الأئمة الأطهــار**، علق عليه: الشيخ الصادق موسى، الناشر: دار الكتاب اللبناني - بيروت، ط (١) سنة ١٩٧٥م.

٣- الشوكاني : محمد بن علي بن محمد الشوكاني ت (١٢٥٠هـ): **السيل الجرار المتدفق على حدائــق الأزهار**، تحقيق: محمود إبراهيم زايد، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، ط (١) سنة ١٤٠٥هـ.

٤- العنســي : القاضـــي العلامة أحمد بن قاسم العنسي اليماني الصنعاني: **التاج المذهب لأحكام المذهب**، الناشر: مكتبة اليمن، بدون طبعة.

ز- كتب الفقه الجعفري :

١- المحقــق: أبو القاسم جعفر بن حسن بن يحيى بن الحسن بن سعيد الهذلي الملقب بالمحقق أو بــالمحقق الحلـــي ت ٦٧٦هــ: **شرائع الإسلام في الفقه الجعفري**، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، بلا طبعة.

٢- المحقــق: أبو القاسم جعفر بن الحسن بن يحيى الهذلي المعروف بالمحقق: **المختصر النافع في فقه الإمامية**، الناشر: دار الكتاب العربي ومصر، بدون طبعة.

ح- كتب الفقه الإباضي :

أطفــيش: محمد بن يوسف بن عيسى أطفيش: **شرح النيل وشفاء العليل**، الناشر: مكتبة الإرشاد، بدون طبعة.

خامساً : كتب أصولية وفقهية حديثة وقانونية :

١- بــدران: بــدران أبو العينين بدران: **الشريعة الإسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقود**، الناشر: مؤسسة شباب الجامعة - الاسكندرية.

٢- الجزيــري: عــبد الرحمن الجزيري: **الفقه على المذاهب الأربعة**، الناشر: المكتبة التجارية الكبرى - مصر، ط (٦).

٣- الخن: د. مصطفى الخن وآخرون: **الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي**، الناشر: دار القلم - دمشق، ط (٢) سنة ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م.

٤- الخــياط: د. عبد العزيز الخياط : **الشركات في الشريعة الإسلامية**، الناشر: مؤسسة الرسالة - بيروت، ط (٤) سنة ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.

٥- الخــياط : د. عبد العزيز الخياط : **المدخل إلى الفقه الإسلامي**، الناشر: دار الفكر - عمان، ط (١) سنة ١٤١١هـ - ١٩٩١م.

٦- الدرعــان: د. عــبد الله بن عبد العزيز الدرعان: **التصرف الانفرادي وأثره في بناء العقود والالــتزامات فــي الفقــه الإسلامي**، الناشر: مكتبة التوبة- الرياض، ط (١) سنة ١٤١٣هـ- ١٩٩٣م.

٧- الدرينــي: د. محمــد فتحــي الدريني: **بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله**، الناشر: مؤسسة الرسالة، ط (١) سنة ١٩٩٣م.

٨- الزحيلي: د. محمد الزحيلي: **النظريات الفقهية**، الناشر: دار القلم - دمشق، الدار الشامية - بيروت، ط (١) سنة ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.

٩- الزحيلي: د. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، الناشر: دار الفكر - دمشق، ط (٢) سنة ١٩٨٥م.

١٠- الزرقا : أ. مصطفى أحمد الزرقا: **المدخل الفقهي العام**، الناشر: دار القلم - دمشق، ط (١) سنة ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م .

١١- أبو زهرة: الإمام محمد أبو زهرة : **الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية**، الناشر: دار الفكر العربي، بدون طبعة.

١٢- السلمي: سعد بن عزيز بن مهدي السلمي: **شركة المضاربة في الفقه الإسلامي**، الناشر: جامعة أم القرى - السعودية، طبعة سنة ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م.

١٣- السنهوري: الدكتور عبد الرزاق السنهوري: **مصادر الحق في الفقه الإسلامي**، الناشر: دار النهضة العربية - القاهرة.

١٤- شبير: الدكتور محمد عثمان شبير : **المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي**، الناشر: دار النفائس - بيروت، ط (٢) سنة ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م.

١٥- شلبي: محمد مصطفى شلبي: **أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون**، الناشر: دار النهضة العربية - بيروت، ط (٢) سنة ١٣٩٧ هـ - ١٩٧٧م.

١٦- شلبي: محمد مصطفى شلبي: **المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه**، الناشر: دار النهضة العربية - بيروت، طبعة سنة ١٣٨٨هـ - ١٩٦٩م.

١٧- صالح: محمد أديب صالح: **تفسير النصوص في الفقه الإسلامي**، الناشر: المكتب الإسلامي، ط (٢).

١٨- عقلة: محمد عقلة: **نظام الأسرة في الإسلام**، الناشر: مكتبة الرسالة الحديثة - عمّان، ط (٢) سنة ١٤١١هـ - ١٩٩٠م.

١٩- فيض الله: محمد فوزي فيض الله : **نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام**، الناشر: مكتبة التراث الكويت، طبعة سنة ١٩٨١م - ١٩٨٢م.

٢٠- القضـــاة: الدكـــتور زكريا محمد الفاتح القضاة: **السلم والمضاربة من عوامل التيسير في الشريعة الإسلامية**، الناشر: دار الفكر - عمان، ط (١) سنة ١٩٨٤م.

٢١- محمصاني: الدكتور صبحي الحمصاني: **النظريات العامة للموجبات والعقود**، الناشر: دار العلم للملايين - بيروت، ط (٢).

٢٢- موســـى : د. كـــامل موسى، **أحكام المعاملات**، الناشر: مؤسسة الرسالة - بيروت، ط (٢) سنة ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.

٢٣- **الموســـوعة الفقهية**، الناشر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت، ط (١) سنة ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م .

سادساً: كتب اللغة والمعاجم :

١- البســـتاني : بطـــرس البســـتاني : **محيط المحيط قاموس مطوّل للغة العربية**، الناشر: مكتبة لبنان - بيروت، طبعة لسنة ١٩٩٨م.

٢- الـــتهانوي: المولوي محمد على بن علي التهانوي : **موسوعة اصطلاحات العلوم الإسلامية المعروف بكشاف اصطلاحات الفنون**، الناشر: شركة خيّاط -بيروت بلا طبعة.

٣- الجرجانـــي: علي بن محمد الشريف الجرجاني: **التعريفات**، الناشر: مكتبة لبنان، طبعة سنة ١٩٧٨م.

٤- الـــرازي : محمـــد بـــن أبـــي بكر بن عبد القادر الرازي: **مختار الصحاح**، الناشر: المكتبة العصرية - بيروت، ط (٣) سنة ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.

٥- الزبـــيدي: محمـــد مرتضى الحسيني الزبيدي: **تاج العروس من جواهر القاموس**، الناشر: منشورات دار مكتبة الحياة - بيروت.

٦- الزيات : أحمد حسن وآخرون: **المعجم الوسيط**، الناشر: مطبعة مصر- القاهرة، طبعة لسنة ١٣٨١هـ - ١٩٦١م.

٧- الفيروزآبادي: مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي : **القاموس المحيط**، الناشر: المطبعة الحسينية – مصر، طبعة لسنة ١٣٤٤هـ.

٨- الفيومي: أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي ت (٧٧٠هـ): **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير**، الناشر: دار الكتب العلمية – بيروت، طبعة لسنة ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م.

٩- مرعشلي: أسامة ونديم مرعشلي: الصحاح في اللغة والعلوم، الناشر: **دار الحضارة العربية.**

١٠- ابن منظور : **لسان العرب**، الناشر: دار لسان العرب – بيروت.

سابعاً : كتب الأعلام والتراجم :

١- ابن الأثير : أبو الحسين علي بن محمد الجزري المعروف بابن الأثير: **أسد الغابة في معرفة الصحابة**، الناشر: دار الشعب، بدون طبعة.

٢- التنبكتي : أبو العباس أحمد بن أحمد بن أحمد بن عمر المعروف ببابا التنبكتي: **نيل الابتهاج بتطريز الديباج**، الناشر: دار الكتب العلمية – بيروت، مطبوع مع الديباج المذهب.

٣- ابن الجوزي : جمال الدين أبو الفرج بن الجوزي ت (٥٩٧هـ): **صفوة الصفوة**، تحقيق: محمود فاخوري، الناشر: دار المعرفة – بيروت، ط (٢) سنة ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.

٤- ابن خلكان: أبو العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن أبي بكر بن خلكان ت (٦٨١هـ): **وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان**، تحقيق: د. إحسان عباس، الناشر: دار الثقافة –بيروت، بلا طبعة.

٥- الذهبي: أبو عبد الله شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي ت (٧٤٨هـ): **تذكرة الحفاظ**، الناشر: دار إحياء التراث العربي – بيروت، بدون طبعة.

٦- الذهبـي: أبـو عـبد الله شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي ت (٧٤٨هـ): **سير أعـلام النـبلاء**، تحقـيق: شعيب الأرناؤوط ومحمد نعيم العرقوسي، الناشر: مؤسسة الرسالة – بيروت، ط (٩) سنة ١٤١٣هـ.

٧- الزركلـي: خير الدين الزركلي: **الأعـلام**، الناشر: دار العلم للملايين – بيروت، ط (٥) سنة ١٩٨٠م.

٨- ابن سعد: ابن سعد: **الطبقات الكبرى**، الناشر: دار صادر – بيروت.

٩- ابـن الفراء : أبو الحسين محمد بن أبي يعلى ت (٥٢١هـ): **طبقات الحنابلة**، تحقيق: محمد حامد الفقي، الناشر: دار المعرفة – بيروت، بدون طبعة.

١٠- ابـن قاضـي شبهة: أبو بكر بن أحمد بن محمد بن عمر بن قاضي شبهة ت (٨٥١هـ): **طـبقات الشافعية**، تحقيق: د. الحافظ عبد العليم عبد العليم خان، الناشر: عالم الكتب – بيروت، ط (١) سنة ١٤٠٧هـ .

١١- مخلـوف: محمد بن مخلوف: **شجرة النور الزكية في طبقات المالكية**، الناشر: دار الكتاب العربي – بيروت، ط (١) سنة ١٣٤٩هـ.

١٢- ابـن أبـي الوفـاء: عبد القادر بن أبي الوفاء محمد بن أبي الوفاء القرشي ت (٧٧٥هـ): **طبقات الحنفية**، الناشر: مير محمد كتب خانة – كراتشي.

An- Najah National University
Faculty of Graduate Studies

Contract Nullification in the Islamic Jurisprudence (Fiqh)

Submitted by

Manar Omar Hamid Al-Sadder

Supervised by

Dr. Mohammad Ali Al –Suleiby

Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for the Degree of Master of Fiqh wa Tashree Faculty of Graduate Studies, at An-Najah National University, Nablus, Palestine

1424 H / 2003M

Abstract

This research entitled "Contract Nullification in the Islamic Jurisprudence (fiqh)" is submitted by Manar Omar Hamid Al-Sadder. It is supervised by Dr. Mohammad Ali Al-Suleiby. It is submitted in Partial requirements for the Master Degree of Jurisprudence and Jurisdication at the Faculty of Graduate Studies, at An-Najah National University in 2003.

Contracts are considered to be the core of business financial relations. Therefore, in view of the necessity of the fulfillment of contracts, the Islamic jurisdiction obligated the Muslims to abide by them and to protect them from nullification. But, it should be noted here that the contract might be concelled if the contractors or one of them is exposed to unbearable circumstances which are simultaneously out of control.

Accordingly, the purpose of this research is to clarify the coneept of nullification in comparison to other concepts of nullification. That is to say, optional nullification and optional obligatory nullifcation. Optional nullification means disengagement withhout any pressure; the contractors disengage from the contract voluntarily. Whereas, optional obligatory nullification means disengagement whether voluntarily or for external uncontrolled factors. To be more explicit, if the contract is abrogated by the agreement of the two parties, the relation will be a cause and effect relation and its ensuing results. But, on the other hand, if the nullification is for external uncontrolled factors, the contractors will be out of responsibility.

This research also clarifies the reasons leading to contract nullification which might bt optional or obligatory. Ootional reasons might be either optional nullification or resignation. Whereas, the obligatory reasons relate to :- the spoil of the contracted matter, death of the contractos or one of them, the expiration of the contract and any other

An- Najah National University

Faculty of Graduate Studies

Contract Nullification in the Islamic Jurisprudence (Fiqh)

Submitted by

Manar Omar Hamid Al-Sadder

Supervised by

Dr. Mohammad Ali Al –Suleiby

Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for the Degree of Master of Fiqh wa Tashree Faculty of Graduate Studies, at An-Najah National University, Nablus, Palestine

1424 H / 2003M

Abstract

This research entitled "Contract Nullification in the Islamic Jurisprudence (fiqh)" is submitted by Manar Omar Hamid Al-Sadder. It is supervised by Dr. Mohammad Ali Al-Suleiby. It is submitted in Partial requirements for the Master Degree of Jurisprudence and Jurisdication at the Faculty of Graduate Studies, at An-Najah National University in 2003.

Contracts are considered to be the core of business financial relations. Therefore, in view of the necessity of the fulfillment of contracts, the Islamic jurisdiction obligated the Muslims to abide by them and to protect them from nullification. But, it should be noted here that the contract might be concelled if the contractors or one of them is exposed to unbearable circumstances which are simultaneously out of control.

Accordingly, the purpose of this research is to clarify the coneept of nullification in comparison to other concepts of nullification. That is to say, optional nullification and optional obligatory nullifcation. Optional nullification means disengagement withhout any pressure; the contractors disengage from the contract voluntarily. Whereas, optional obligatory nullification means disengagement whether voluntarily or for external uncontrolled factors. To be more explicit, if the contract is abrogated by the agreement of the two parties, the relation will be a cause and effect relation and its ensuing results. But, on the other hand, if the nullification is for external uncontrolled factors, the contractors will be out of responsibility.

This research also clarifies the reasons leading to contract nullification which might bt optional or obligatory. Ootional reasons might be either optional nullification or resignation. Whereas, the obligatory reasons relate to :- the spoil of the contracted matter, death of the contractos or one of them, the expiration of the contract and any other

excuses or accidents which might affect the contract and impeds its implementation.

This research also shows Islam`s opinion in the contract if the eligibility of the contractors or one of them is affected for emergency reasons such as: insanity, apostasy and unconsiousness.

This research higlights the effects resulting from contract nullification, which are represented by:

- restoring the contracting parties to the pre –contract condition.
- guarantee of the loss resulted from the nullification.

With respect to the question of the change of the contracted matter before nullification, the researcher shows that the judgement will be in accordance with the reason of nullification.